3ème CONCOURS D'ADMINISTRATEUR TERRITORIAL

SESSION 2012

Epreuve écrite consistant en la résolution d'un cas exposé dans un dossier et portant sur un problème d'organisation ou de gestion rencontré par une collectivité territoriale ou un établissement public local

EPREUVE N° 6

Durée : 4 h
Coefficient : 4

SUJET :

Vous êtes directeur(trice) des ressources humaines dans une communauté urbaine. Le directeur général adjoint vous demande une note précisant les enjeux relatifs aux conflits d'intérêts.

Vous proposerez des modalités d'organisation au sein de la collectivité afin de prévenir leur apparition.

DOCUMENTS JOINTS

Document n° 1	« Conflit(s) d'intérêts et déontologie » par Jean-Marc Sauvé – AJDA du 30 avril 2012	Page 3
Document n° 2	« Rapport sur les conflits d'intérêts : des outils inédits pour une future loi » - Le Courrier des Maires semaine du 27 avril 2012	Page 7
Document n° 3	« Actualité et enjeux » par Joël Moret-Bailly et Didier Truchet – AJDA du 30 avril 2012	Page 8
Document n° 4	« Conflits d'intérêts : ce qui va changer » - par M Alban Mercantour – La Lettre du Cadre Territorial n°416 du 15 février 2011	Page 13
Document n° 5	« La notion de conflit d'intérêts » par Charles-Louis Vier – AJDA du 30 avril 2012	Page 15

Document n° 6	Extrait du rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique « pour une nouvelle déontologie de la vie publique » remis au Président de la République le 26 janvier 2011	**Page 21**
Document n° 7	Extrait de la « Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative» - édition 2011	**Page 53**
Document n° 8	« Pour en finir avec les conflits d'intérêts » Martin HIRSCH – Editions Stock, 2010, Extrait – p. 24 à 29	**Page 60**

NOTA :

- 2 points seront retirés au total de la note sur 20 si la copie contient plus de 10 fautes d'orthographe ou de syntaxe.
- **Les candidats ne doivent porter aucun signe distinctif sur les copies** : pas de signature (signature à apposer uniquement dans le coin gommé de la copie à rabattre) ou nom, grade, même fictifs. Seuls la date du concours et le destinataire, (celui-ci est clairement identifié dans l'énoncé du sujet) sont à porter sur la copie.
- Les épreuves sont d'une durée limitée. Aucun brouillon ne sera accepté, la gestion du temps faisant partie intégrante des épreuves.
- Lorsque les renvois et annotations en bas d'une page ou à la fin d'un document ne sont pas joints au sujet, c'est qu'ils ne sont pas indispensables.

Conflits d'intérêts et déontologie

Si la notion de conflit d'intérêts est connue de longue date (C.-L. Vier), l'actualité a mis en lumière le risque de voir le secteur public concerné par une question que le droit public n'avait abordé que très indirectement (J. Moret-Bailly et D. Truchet). A partir du rapport de la commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts de 2011, un travail d'ensemble a été engagé visant à construire, en ce sens, une déontologie propre au secteur public (J.-M. Sauvé). Les chartes de déontologie des juridictions administratives (v. Ch. Vigouroux et P. Gonod) et financières (M.-T. Cornette) illustrent à la fois les difficultés et les apports de cette démarche nouvelle.

Conflits d'intérêts et déontologie dans le secteur public

PAR JEAN-MARC SAUVÉ
VICE-PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ETAT,
PRÉSIDENT DE LA COMMISSION DE RÉFLEXION POUR LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LA VIE PUBLIQUE

L'ESSENTIEL

L'engagement dans la cité et le service de la chose publique commandent, de la part de ceux qui s'y consacrent, le respect d'une déontologie spécifique qui tend à prévenir la survenance de conflits entre la mission publique et des intérêts privés mais qui ne se limite pas à cette seule exigence. Pour promouvoir cette déontologie de la vie publique, il convient de recourir à des méthodes de travail et des instruments renouvelés, tels que des chartes de déontologie ou des codes de conduite, qui doivent permettre de diffuser une nouvelle culture et des pratiques mieux assurées. Mais il faut aussi s'appuyer sur un corpus législatif minimal pour donner une assise solide à la prévention des conflits d'intérêts et à une déontologie rigoureuse de la vie publique.

Les questions de conflits d'intérêts et de déontologie sont aujourd'hui prégnantes dans notre société [1]. Elles traversent la vie publique, mais aussi la plupart des professions et des activités privées, même non lucratives. Elles irriguent toutes les branches du droit. S'agissant de la vie publique, on peut choisir d'éluder ces enjeux ou de les affronter. De les éluder pour ne pas nourrir davantage le soupçon et l'inextinguible soif de purification qui sont susceptibles de miner la confiance du public envers les gouvernants. Ou au contraire, de les affronter pour faire prévaloir une déontologie rigoureuse des affaires publiques et prévenir le risque d'une crise plus grave encore de la confiance publique. Le

(1) Texte écrit en collaboration avec M. Olivier Fuchs, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

choix entre ces deux options n'est pas si simple et l'on ne saurait se borner à opposer les tenants de ces deux lignes en laxistes, d'un côté, et en vertueux, de l'autre.

La conviction de l'auteur de ces lignes est qu'il faut résolument assumer une ligne claire et forte de prévention des conflits d'intérêts, comme de clarification et de renforcement des exigences déontologiques dans la vie publique. Une telle orientation est seule de nature à sécuriser les acteurs publics – car ceux-ci peuvent se trouver en situation de conflits d'intérêts sans le vouloir et, parfois, sans le savoir –, à éviter des mises en cause excessives ou abusives et à prévenir des infractions pénales, en particulier, les prises illégales d'intérêts. Une telle orientation est aussi indispensable pour faire face à la crise de l'autorité, de la légitimité et de la confiance publiques. Ce qui est en jeu avec les conflits d'intérêts et la déontologie de la vie publique est un pilier de notre pacte social. Le peuple ne peut déléguer ses pouvoirs à des gouvernants que s'il a l'assurance que ceux-ci servent exclusivement l'intérêt général et non leurs intérêts personnels. Par conséquent, l'engagement dans la cité et le service de la chose publique commandent, de la part de ceux qui s'y consacrent, le respect d'une déontologie spécifique et rigoureuse.

A relire *La Curée* de Zola ou à se replonger dans l'histoire des scandales ayant marqué l'histoire de la IIIe République, force est de constater que la dénonciation de la corruption et des mœurs douteuses n'est pas, loin s'en faut, l'apanage de notre époque [2]. Mais aujourd'hui, l'exigence d'une plus grande impartialité et probité de la vie publique se fait plus pressante. Pour y répondre, il est possible de prendre appui sur les nombreuses réflexions et propositions faites sur le sujet, encore récemment par la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, que j'ai eu l'honneur de présider (*Pour une nouvelle déontologie de la vie publique. Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique*, Doc. fr., 2011, ci-après *Rapport*).

La meilleure prévention des conflits d'intérêts doit s'inscrire dans le cadre plus général d'une nouvelle déontologie de la vie publique. Si cette déontologie doit prendre appui sur de nouvelles méthodes de travail, de nouveaux instruments et une nouvelle culture, elle ne peut se passer d'une base législative, limitée mais ambitieuse, pour bénéficier d'une assise solide.

POUR UNE NOUVELLE CULTURE, DE NOUVELLES MÉTHODES ET DE NOUVEAUX INSTRUMENTS AU SERVICE DE LA DÉONTOLOGIE

C'est à Jeremy Bentham (1748-1832) qu'est attribuée la paternité du mot «déontologie». Dans son ouvrage *Déontologie ou science de la morale*, Bentham fait dériver ce terme de deux mots grecs «τὸ δεον / déon [ce qui est convenable] et λογια / logos [connaissance]; c'est-à-dire, la connaissance de ce qui est juste ou convenable». Bentham traite la déontologie dans un cadre utilitariste: «Une action est bonne ou mauvaise, digne ou indigne, [...] elle mérite l'approbation ou le blâme, en proportion de sa tendance à accroître ou à diminuer la somme du bonheur public». Cette approche, qui érige l'augmentation du bonheur public en *ratio decidendi* du caractère bon ou mauvais d'une action, paraît aujourd'hui quelque peu naïve. Elle permet toutefois à l'auteur d'élargir le champ de la morale et de limiter celui de la politique, car «la législation n'a que trop empiété sur un territoire qui ne lui appartient pas».

Il n'est pas étonnant que Bentham, spécialiste de philosophie politique, se soit saisi d'une telle question. La corruption des hommes et de leur nature constitue en effet une interrogation centrale des Lumières et, par conséquent, de notre modernité (R. Chalmin, *Lumières et corruption*, éd. Champion, 2010). Notre condition ne se comprend pas hors de cette interrogation. De nombreux exemples soulignent également l'ancienneté et la force de l'exigence de probité de la vie publique et, en creux, les dérives qu'il s'agissait de stigmatiser et de combattre. Par sa grande ordonnance de 1254, Louis IX exigea de ses officiers qu'ils réforment tout abus moral et politique et demanda aux baillis d'agir avec désintérêt et indépendance; c'est un catalogue des maux affectant la vie publique de son temps: corruption; vénalité; conflits d'intérêts. Le 18 mars 1303, l'ordonnance sur la réformation du royaume de Philippe le Bel, «même si elle ne peut être extraite du contexte de sa lutte avec l'Eglise, est un code de déontologie des fonctions publiques pratiquement utilisable de nos jours» (C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2006, p. 1). Et en 1388, Charles VI faisait interdiction aux gouverneurs de passer contrat avec les personnes qu'ils contrôlaient dans leurs provinces. La question de la déontologie, en particulier publique, n'est nouvelle ni historiquement, ni philosophiquement.

> *La question de la déontologie, en particulier publique, n'est nouvelle ni historiquement, ni philosophiquement.*

Le besoin de principes éthiques et juridiques donnant à chacun des règles de conduite en cas de conflits potentiels entre plusieurs intérêts est donc réel, en particulier dans la vie professionnelle ou l'exercice de mandats électifs. Cette branche spécifique de l'éthique a permis au terme de déontologie de s'épanouir et d'acquérir son sens commun actuel, qui est celui de «l'ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle» selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, qui ajoutait, ce qui était historiquement pertinent, le mot «libérale» à «activité professionnelle». Un nombre croissant de professions libérales ou non libérales se sont désormais dotées de codes ou de chartes de déontologie.

Le surgissement contemporain d'une demande de déontologie qui s'étend à toutes les professions tient à de multiples facteurs sociaux et culturels. Tout d'abord, la plus grande complexité de nos sociétés, caractérisée par des interactions toujours plus poussées entre acteurs économiques, politiques et sociaux, conduit à une multiplication des situations où des conflits d'intérêts peuvent survenir et où une

(2) Timon (pseudonyme de Louis-Marie de Cormenin, vice-président du Conseil d'Etat en 1848), *Ordre du jour sur la corruption électorale et parlementaire*, éd. Pagnerre, 1846; Jean-Noël Jeanneney, *L'Argent caché : milieux d'affaires et pouvoirs politiques dans la France du XXe siècle*, Fayard, 1981.

déontologie précisément exprimée s'impose. Ensuite, jouent un rôle l'affaissement des idéologies fédératrices et le délitement du lien social : ainsi, prospère à l'heure actuelle un libéralisme tempéré qui se caractérise par un individualisme exacerbé. En troisième lieu, la culture de la transparence qui s'est développée fait que ce qui était bénin et toléré est maintenant réprouvé et flétri. Enfin, la déontologie se nourrit sans doute d'un substrat culturel plus propice dans les pays de *common law* que dans les pays latins. Plus réceptif à des mécanismes de *soft law*, ces pays connaissent également mieux les pratiques dites de «*revolving doors*», c'est-à-dire les allers et retours entre le secteur public et le secteur privé. L'éthique protestante permettrait en outre, selon l'analyse de Max Weber, de penser et d'interroger *ab initio* la place du fait économique par rapport aux questions de direction de la vie publique.

Le constat qui s'impose, dans de nombreux Etats comme dans les organisations internationales, est que la sphère publique ne peut rester à l'écart de ce mouvement pour une raison simple : servir l'intérêt général n'est pas un privilège mais une exigence et, en ce domaine plus qu'en d'autres : « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois », surtout lorsque l'un d'eux est l'intérêt général, et l'autre, sinon l'argent, du moins les intérêts personnels. Les acteurs publics, comme les structures dont ils relèvent, ne peuvent plus rester seuls face à leurs interrogations, leurs dilemmes ou leurs ignorances, réelles ou parfois feintes. La prévention des conflits d'intérêts n'est pas innée. Elle ne peut reposer sur la seule conscience individuelle de l'acteur public : elle exige de la vigilance, du discernement et du conseil. Elle impose une démarche collective. L'émergence et le développement d'une véritable déontologie de la vie publique, tendant à prévenir les conflits d'intérêts, ne peuvent que procéder d'abord d'un changement de culture des acteurs. A la culture de l'indifférence et du déni, au goût pour l'opacité et le flou, doit succéder une culture fondée sur la responsabilité et l'acceptation de règles claires. Ce changement de culture implique aussi la mise en place d'une véritable politique de la déontologie dans la vie et les services publics.

Cette politique doit reposer sur une organisation collective, une formation et un dialogue.

La déontologie doit être une responsabilité partagée entre la hiérarchie et les agents publics. Elle est affaire d'organisation collective. Par suite, elle implique évidemment les responsables publics qui doivent porter cette ambition, tout autant que la qualité et l'efficacité du service rendu à l'usager. Un chef de gouvernement, le responsable d'un exécutif local ou un chef de service doit ainsi sensibiliser ses collègues et collaborateurs aux exigences déontologiques, veiller à ne pas les placer ou les maintenir en situation de conflits d'intérêts, mettre en place et diffuser des bonnes pratiques en relation avec les missions spécifiques et les risques auxquels sont exposés les agents publics, s'attacher aussi à proposer des formations en matière de déontologie. L'organisation des administrations doit être adaptée à la prise en compte de la déontologie : celle-ci n'exige pas des troupes nombreuses, mais elle ne peut être en déshérence, absente des organigrammes.

Le changement de culture doit se traduire par la mise en place de lieux de discussion et de conseil sur les questions déontologiques. La première démarche, dès lors qu'est révélé un potentiel conflit d'intérêts, est en effet d'avertir les personnes concernées au premier chef pour, dans une discussion éclairée, identifier le conflit éventuel et dégager les solutions permettant d'y remédier. Ce dialogue déontologique peut et doit trouver place dans la relation hiérarchique, le supérieur étant responsable du respect de la déontologie dans son service. Mais, il peut et doit aussi impliquer des autorités de déontologie ou des déontologues propres à chaque service public dont le rôle dans le discernement des questions nouvelles ou délicates qui peuvent se poser se révèle central. Ces conseils doivent conjuguer l'autorité morale, l'indépendance et, en même temps, la connaissance réelle, intime, des pratiques professionnelles d'un milieu déterminé et des risques qui peuvent leur être associés. Il est nécessaire qu'ils sachent distinguer ce qui est bénin et ce qui, au contraire, exige des clarifications. De la sorte, les déontologues et autorités de déontologie peuvent concourir efficacement à sécuriser les pratiques professionnelles et à renforcer la confiance du public.

Le changement de culture doit aussi prendre appui sur de nouveaux instruments : les codes et les chartes de déontologie énonçant les principes et les devoirs des acteurs publics dans le contexte professionnel concret dans lequel ils opèrent. Ces codes ou chartes peuvent être accompagnés de guides ou d'indications pratiques exposant, à partir de cas concrets, les situations problématiques dans lesquelles les intéressés peuvent se trouver et apportant des éléments de réponse sur la conduite à tenir ou les erreurs à éviter. Ces instruments, qui relèvent de la *soft law* ou plutôt du « droit souple », présentent l'intérêt de pouvoir être élaborés en étroite concertation avec les agents publics auxquels ils ont vocation à s'appliquer. Ils doivent en réalité émaner de ces agents et exprimer leurs valeurs et, pas seulement, leurs devoirs et leurs obligations. Ils doivent être adaptés à la diversité des missions et des métiers propres à chaque service public et traduire, dans chaque cas, la dimension spécifique des exigences de probité, d'intégrité, d'impartialité et de prévention des conflits d'intérêts qui sont communes à tous les agents publics. Sans être dotés d'une force juridique contraignante, de tels instruments peuvent contribuer à faire évoluer et à sécuriser les comportements. Ils constituent un instrument précieux pour nourrir le dialogue déontologique qui doit s'établir entre les agents publics et leurs responsables hiérarchiques. Ils doivent aussi servir de référence pour les déontologues et les autorités sectorielles de déontologie.

> *Les déontologues et autorités de déontologie peuvent concourir efficacement à sécuriser les pratiques professionnelles et à renforcer la confiance du public.*

La récente charte de déontologie des membres de la juridiction administrative adoptée et diffusée à la fin de 2011 constitue un exemple de clarification des règles et des bonnes pratiques applicables à cet ordre de juridiction. Elle représente une garantie nouvelle pour les justiciables comme pour les magistrats. Elle porte, en outre, création d'un collège de déontologie chargé d'éclairer les membres de la juridiction

administrative sur l'application des principes et bonnes pratiques qu'elle définit. A cette fin, elle peut être saisie en particulier par les chefs de juridiction, le conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, mais aussi par tout membre de la juridiction pour une question le concernant personnellement.

Toutefois, le cadre déontologique applicable aux secteurs publics demeure en règle générale implicite et lacunaire (*Rapport*, pp. 40-65). Si un changement de culture est en marche, il reste encore à approfondir. En tout état de cause, ce changement de culture, caractérisé par un nouvel état d'esprit, fait de vigilance dans l'exercice concret des fonctions, ne suffit pas.

POUR UN *CORPUS* NORMATIF MINIMAL

Le renouveau des méthodes et des pratiques dans les services et les autorités publiques doit s'appuyer sur un corps de règles fixées par la représentation nationale. La loi devrait remplir trois fonctions : définir les conflits d'intérêts ; fixer les grands principes déontologiques applicables aux agents publics et des mesures préventives essentielles ; et, en dernier lieu, poser les principes de la régulation de la déontologie publique.

Définir les conflits d'intérêts est un préalable qui ne peut être éludé. Si l'on entend les prévenir, il vaut mieux savoir de quoi l'on parle. Faute de le faire, c'est le code pénal qui trouve à s'appliquer : il réprime la prise de tout intérêt, fût-il le plus bénin. Des définitions du conflit d'intérêts ont été adoptées par certains pays, notamment le Canada par la loi du 12 décembre 2006, et des organisations internationales, en particulier l'OCDE et le Conseil de l'Europe. Ces définitions divergent mais font apparaître des caractéristiques communes : l'importance des apparences, l'existence d'une certaine intensité des intérêts en cause ainsi que la temporalité multiple des conflits d'intérêts. Il faut en outre prendre garde, en définissant le conflit d'intérêts, de ne pas tomber dans l'excès, car le risque du procès permanent est réel. Tout acteur public a des intérêts, mais tous les intérêts ne sont pas générateurs par eux-mêmes de conflits, soit qu'ils soient trop minimes, soit qu'ils relèvent d'une liberté fondamentale : ainsi du cas, par exemple, des opinions (qui doivent être distinguées des mandats ou des responsabilités) politiques, philosophiques, syndicales ou religieuses. La commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts a proposé une définition des conflits d'intérêts. Celle-ci peut être discutée et améliorée ; mais il paraît essentiel qu'une définition soit arrêtée.

Le vecteur législatif permettrait également de fixer de grands principes déontologiques applicables à tous les acteurs publics, au-delà de la diversité de leurs fonctions. Il s'agit ainsi d'affirmer les valeurs fondamentales de l'action publique : les principes d'impartialité, d'intégrité, d'objectivité et de probité, qui sont au cœur de la vie publique, existent certes, soit en tant que principes généraux, soit dans des textes spécifiques. Il serait cependant à la fois symboliquement fondateur et juridiquement utile de les rassembler dans un texte législatif. De même, la loi devrait consacrer l'exigence de prévention des conflits d'intérêts qui incombe aux acteurs publics et aux autorités hiérarchiques et généraliser l'obligation pesant sur tout acteur public de s'abstenir de connaître des questions dans lesquelles il détient des intérêts personnels de nature à compromettre son indépendance, son impartialité et son objectivité et de prendre des décisions sur ces questions.

La loi devrait aussi instaurer, pour les détenteurs de certaines fonctions, l'obligation de déclarer ses intérêts et fixer le régime de cette déclaration. Elle pourrait également, pour des catégories limitées de décideurs publics, prévoir l'obligation de confier à des tiers la gestion, sans droit de regard, de certains actifs financiers susceptibles d'interférer avec l'exercice des fonctions publiques ; les recommandations existant en la matière sont en effet éparses et guère respectées. La loi permettrait aussi de fixer les règles générales relatives à l'interdiction des cadeaux et des libéralités et d'instituer un régime d'immunité pour le « déclencheur d'alerte » (*whistleblowing*) de bonne foi, lorsqu'il est témoin de risques sérieux d'infractions pénales en relation avec des fonctions publiques.

> *La loi devrait consacrer l'exigence de prévention des conflits d'intérêts qui incombe aux acteurs publics et aux autorités hiérarchiques.*

Enfin, pour passer d'une culture de la répression à une véritable stratégie de prévention, il faut à la fois harmoniser et sans doute alléger le dispositif pénal réprimant les prises illégales d'intérêts, mais aussi mettre en place une régulation crédible de la déontologie de la vie publique, en instituant une autorité nationale indépendante, chargée d'animer et coordonner le réseau des déontologues et collèges de déontologie propres aux différents services publics (autres que celui de la justice) et d'émettre des avis, recommandations ou injonctions sur les questions de déontologie et de conflits d'intérêts. Pour éviter la multiplication d'instances sectorielles, cette autorité pourrait se substituer aux actuelles commission pour la transparence financière de la vie politique et commission de déontologie des fonctionnaires. Mieux vaut une autorité unique et forte qu'une multitude d'instances sectorielles, inévitablement moins identifiées et plus faibles.

La construction d'une réelle culture de la déontologie et de la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique est une tâche ardue qui suppose une évolution des mœurs et des méthodes mais qui devrait aussi prendre appui sur des changements limités de la loi destinés à rendre crédible une véritable stratégie de prévention. Le chemin à parcourir paraît encore long, mais l'attente peut parfois être bénéfique, comme celle que fait naître l'accord de mi bémol joué, en arpège, pendant 137 mesures dans le prélude de *L'Or du Rhin*. Chez Wagner, cette attente est comblée par la puissance de l'histoire qui se déploie ensuite tout au cours du cycle de l'*Anneau du Nibelung* et par sa magistrale orchestration. On ne peut que souhaiter qu'après avoir tant attendu de voir les conflits d'intérêts et la déontologie mieux saisis par le droit et mieux intégrés dans notre culture de la vie publique, le résultat emporte autant l'adhésion que celui obtenu par le compositeur de Leipzig.

DOCUMENT n° 2

7

COURRIER DES MAIRES.fr

Semaine du 27/04/2012

Actualité France

RÉPUBLIQUE

Rapport sur les conflits d'intérêts : des outils inédits pour une future loi

La commission sur la prévention des conflits d'intérêts a remis au chef de l'Etat, le 26 janvier 2011, un rapport comprenant un arsenal de mesures inédites qui devraient nourrir une prochaine loi. L'Elysée a, en effet, annoncé le même jour un projet de loi en 2011 pour "mettre en oeuvre les mesures (...) qui auront été retenues" par le gouvernement, afin de "promouvoir une véritable culture de la déontologie dans la vie publique française".

Le contexte
Les trois membres de cette commission, Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, Didier Migaud, premier président de la Cour des comptes, et Jean-Claude Magendie, ancien premier président de la cour d'appel de Paris, avait été mandatés par Nicolas Sarkozy, en pleine "affaire Woerth-Bettencourt", cet été.
Leur rapport était d'autant plus attendu que les affaires "Pérol" et "Proglio" et, plus récemment, celle du Mediator avaient mis en lumière plusieurs cas de conflits d'intérêts.
"La prévention des conflits d'intérêts a pour but premier de renforcer la confiance des citoyens dans les institutions publiques" et "de protéger les responsables publics contre les risques de conflits et de soupçons", écrivent les rédacteurs du rapport.

Les principales recommandations
- Le conflit d'intérêts et les valeurs du service public doivent faire l'objet d'une définition et être inscrits dans une loi.

- Les acteurs publics les plus exposés, notamment les ministres et leurs proches, sont tenus de faire une déclaration d'intérêts lors de leur entrée en fonction.

- Dans chaque administration, devraient être mise en place des dispositifs préventifs, des formations adaptées et des mécanismes d'alerte.

- Le régime des incompatibilités doit être complété.

- Les lobbying, parrainage, cadeaux... doivent être réglementés.

- Une haute autorité de déontologie de la vie publique reprendrait les missions des commissions pour la transparence financière de la vie politique et de déontologie (sur le "pantouflage"), avec des pouvoirs renforcés.

1 - Définir le conflit d'intérêts
Le 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. Il intervient lorsque l'intérêt privé peut être de nature à influencer ou paraître influencer l'objectif d'impartialité de la fonction publique. Seuls sont concernés les intérêts matériels, financiers et professionnels, non les intérêts philosophiques, religieux ou moraux.

2 - Inscrire cette définition dans une loi, ainsi que les valeurs et principes fondamentaux s'imposant aux acteurs publics et concourrant à la prévention des conflits d'intérêts (probité, intégrité, impartialité et objectivité) et les principales règles de prévention.

3 - Poser des règles
Un acteur public doit veiller à ne pas se placer dans une telle situation. Si elle survient, il devra :
- soit se défaire de l'intérêt privé litigieux,
- soit s'abstenir de prendre part à l'affaire publique dans laquelle il a un intérêt (et être alors remplacé selon des procédures juridiquement sécurisées),
- ou bien, en cas d'incompatibilité radicale, cesser ses fonctions.

4 - Prévenir
Un dispositif préventif de "terrain" serait fondé sur des codes de conduite et des chartes de déontologie, au premier rang desquels un code de conduite des membres du gouvernement, illustrant les situations problématiques et donnant la marche à suivre pour y répondre.
Un réseau de déontologues, agréés par une autorité centrale, serait placé auprès du gouvernement et de chaque institution ou structure administrative. Il jouerait le rôle de tiers référent sur les questions de conflits d'intérêts.

5 - Alerter et former
Un mécanisme d'alerte dans les services publics permettrait à un agent de signaler un risque sérieux d'infraction pénale. Cet agent bénéficierait pour cela d'une immunité : tout agent devrait pouvoir signaler un risque d'infraction sans risquer d'être sanctionné.

6 - Rendre obligatoires des déclarations d'intérêts
Quelque 4.000 personnes seraient concernées. Pour les fonctions les plus exposées, serait instaurés des déclarations d'intérêts obligatoires, rendues publiques uniquement pour les membres du gouvernement. Cette déclaration serait renouvelable tous les ans et lors d'un changement de situation.
Sont également concernés les directions et certains membres des cabinets ministériels, les emplois supérieurs de l'Etat, des collectivités territoriales et des hôpitaux, ainsi que les dirigeants d'autorités indépendantes et d'établissement publics d'une certaine taille.

7 - Renforcer les incompatibilités
Seraient interdit l'exercice par les membres du gouvernement d'un mandat exécutif local (maire, adjoint), les fonctions de direction ou d'administration au sein d'associations, de syndicats, de fondations ou de toute autre personne morale, y compris dans des partis politiques.
Les dirigeants d'entreprises publiques ne pourront pas exercer simultanément des fonctions analogues dans une entreprise privée, comme Henri Proglio (EDF-Veolia.)

8 - Instaurer une Haute autorité de déontologie
Le contrôle de l'ensemble des règles de prévention des conflits d'intérêts serait confié à une Autorité de déontologie de la vie publique, qui reprendrait les missions des commission pour la transparence financière de la vie politique et commission de déontologie et animerait le réseau de déontologues. Composée de hauts magistrats, elle pourrait s'autosaisir et rendre des avis publics dans certaines circonstances.

Pour aller plus loin
Consulter le rapport de la commission de prévention des conflits d'intérêts "Pour une nouvelle déontologie de la vie publique"

Avec

DOCUMENT n° 3

Actualité et enjeux

PAR JOËL MORET-BAILLY
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ JEAN-MONNET DE SAINT-ÉTIENNE
ET DIDIER TRUCHET
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS – PARIS II

L'ESSENTIEL

Alors que le terme de déontologie a longtemps été l'apanage des professions libérales, le secteur public voit ces dernières années fleurir sous cette appellation les textes rappelant des obligations qui sont loin, pour les agents publics, d'être nouvelles. Qu'ils soient de niveau législatif, réglementaire ou relevant de la soft law *(chartes, etc.), ces textes ont certainement un rôle à jouer. Il est probable qu'ils gagneront peu à peu en unité formelle et en autorité juridique.*

Secteur public (vu ici comme l'ensemble des administrations publiques) et déontologie (définie sommairement comme un corps d'usages et de règles régissant les comportements professionnels) forment un couple improbable et pourtant ancien et de plus en plus uni.

LIENS ENTRE SECTEUR PUBLIC ET DÉONTOLOGIE

Un couple improbable car le terme de déontologie n'a longtemps été employé en France que pour des professions libérales, et notamment les professions judiciaires et les professions médicales, dont les membres agissent dans l'intérêt de leurs clients, sous leur responsabilité personnelle. Elaborée par des institutions professionnelles (ordinales en général), la déontologie constitue l'affirmation et la contrepartie de l'indépendance des membres de la profession. Codifiée par voie réglementaire, elle est très détaillée et couvre tous les aspects de la vie professionnelle, y compris lorsqu'elle concerne des tiers à la profession et notamment les clients (v. J. Moret-Bailly, *Les déontologies*, PUAM, 2001).

Aucun de ces caractères ne se retrouve dans le secteur public : les agents publics n'exercent pas une profession libérale ; sauf exceptions (les juges, les professeurs d'université, les membres des autorités indépendantes…), ils ne sont pas indépendants, mais soumis à l'autorité d'un supérieur hiérarchique. Ils agissent dans l'intérêt général et non dans celui de clients personnels ; le clientélisme est même l'un des pires reproches que l'on puisse leur adresser. Leurs règles de comportement sont fixées de manière unilatérale par le législateur et l'autorité réglementaire et non par des instances représentatives.

Et pourtant secteur public et déontologie ont des liens anciens. Certains agents publics sont soumis au même code de déontologie que leurs confrères libéraux : c'est le cas des médecins des établissements de santé publics (v. art. L. 6143-7 CSP, selon lequel le directeur « exerce son autorité sur l'ensemble du personnel dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui s'imposent aux professions de santé »). Plus largement, il est évident que l'exercice de la puissance publique et la gestion des services publics sont soumis à des obligations de morale professionnelle. Comment pourrait-il en être autrement ? Christian Vigouroux fait remonter ces règles, en ce qui concerne la France, à l'ordonnance prise en 1254 par Louis IX « sur la réforme de l'administration et la police du royaume » (*Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2006, n° 00.11).

Mais jusqu'à une époque récente, les usages et obligations professionnels des agents du secteur public n'étaient pas dits « déontologiques ». Il y a là un problème de sources et d'objet des règles.

Les sources formelles sont peu apparentes. Le secteur public est resté longtemps sans texte formellement et spécifiquement dédié à la déontologie. Celle-ci résulte classiquement de textes généraux : statuts de la fonction publique, code pénal (et notamment son chapitre « Atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique », art. 432-1 et s.), code des juridictions financières. Ce sont les décisions des instances disciplinaires (qu'elles soient administratives ou juridictionnelles) et la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant en excès de pouvoir ou en cassation qui précisent « en creux » les obligations, en punissant les manquements. Le *Recueil des obligations déontologiques des magistrats* (judiciaires) publié par le Conseil supérieur de la magistrature (Dalloz, 2010) est significatif à cet égard : il a été élaboré à partir des décisions disciplinaires de cette institution.

Mais un mouvement très net est en cours pour doter le secteur public d'instruments déontologiques spécifiques. Fort logiquement, il a d'abord concerné les services de sécurité, car ils exercent la puissance publique de la manière la plus visible : code de déontologie de la police nationale (Décr. du 18 mars 1986), de la police municipale (Décr. du 1er août 2003, succédant à un décret de 1998) et du service public pénitentiaire (Décr. du 30 déc. 2010). Une loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 avait créé une Commission nationale de déontologie de la sécurité dont la compétence (qui englobe les activités privées de ce secteur) a été transférée au Défenseur des droits. Ce mouvement se poursuit,

mais en empruntant des voies diverses. La charte de déontologie commune à la Cour et aux chambres régionales et territoriales des comptes (v. *infra* l'article de M.-T. Cornette, p. 880) relève de la *soft law*. Il en va de même de la charte de déontologie des membres de la juridiction administrative – *Principes et bonnes pratiques*, publiée par le Conseil d'Etat le 12 janvier 2012, alors qu'il avait été envisagé d'en faire une loi (v. *infra* entretien avec Ch. Vigouroux, p. 875). Loi, décret, *soft law*..., l'apparent désordre des sources ne doit ni surprendre ni inquiéter. Il n'est que le signe d'une évolution qui ne fait que commencer.

Matériellement, les obligations déontologiques ont longtemps été – et restent – en partie masquées par la personnalité morale des employeurs du secteur public ou par la notion d'autorité administrative : les règles générales de fonctionnement du service public font écran entre la déontologie et les comportements individuels des agents. Ainsi, le Conseil d'Etat parle-t-il de « l'obligation d'impartialité qui s'impose à l'autorité administrative » (CE 7 août 2008, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France*, req. n° 310220, Lebon 313 ; AJDA 2008. 1570), sans, dans cette affaire du moins, faire descendre l'obligation au niveau des agents. De même, le contrôle de légalité exercé par le juge administratif est la voie normale pour demander l'annulation d'un acte administratif illégal du fait qu'il viole ce qui est en réalité une obligation déontologique pesant sur son auteur. En particulier, lorsque ce dernier a agi dans un intérêt personnel, sa décision est entachée de détournement de pouvoir, d'ailleurs rarement invoqué et sanctionné car difficile à caractériser et subsidiaire. Si le manquement d'un agent à la déontologie est constitutif d'une faute de service, le dommage qu'il a causé engage la responsabilité de la personne morale, non celle de l'agent. Il y a là une différence considérable avec les professions libérales.

Matériellement, les obligations déontologiques ont longtemps été – et restent – en partie masquées par la personnalité morale des employeurs du secteur public ou par la notion d'autorité administrative.

On rejoint cependant la situation de ces dernières lorsque l'agent cesse d'être abrité par l'Administration, ce qui est peu fréquent. Comme chacun sait, il est poursuivi seul lorsqu'une violation de ses devoirs professionnels constitue une faute disciplinaire, une infraction pénale ou financière, une faute personnelle.

Vision collective et vision individuelle de la déontologie tendent-elles à se réunir ? C'est possible et même probable, mais les exemples concrets sont encore trop rares pour que l'on puisse répondre avec certitude. Dans sa célèbre décision *Société Lambda* (CE ass. 6 déc. 1996, req. n° 167502, Lebon 466 ; AJDA 1997. 205 et 152, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; D. 1997. 57, note M. Dobkine ; *GAJA*, 18e éd., 2011, n° 98 ; AJFP 1997. 35, note G. Simon ; RFDA 1997. 173, concl. D. Piveteau), le Conseil d'Etat a annulé la nomination d'un fonctionnaire dans une entreprise du secteur public car elle contrevenait à l'interdiction déontologique faite par l'article 432-13 du code pénal d'occuper un emploi dans une entreprise que l'on a contrôlée dans le cadre de ses fonctions administratives antérieures. Une prise illégale d'intérêts, faute personnelle non détachable du service, peut aussi être une « faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat » dans les circonstances de l'espèce (CE 2 juin 2010, *Mme Fauchère, Mille*, req. n° 307772, Lebon ; AJDA 2010. 2165, note C. Deffigier : un commissaire de police avait exécuté avec une hâte et une fermeté inhabituelles une décision judiciaire d'expulsion, alors qu'il était actionnaire de la SCI propriétaire de l'immeuble, ce pourquoi il avait fait l'objet d'une sanction pénale).

L'évolution va sans doute vers une individualisation de la déontologie du secteur public. Les obligations générales du service public deviennent progressivement des obligations personnelles de comportement des agents envers les administrés, les autres agents et l'institution elle-même.

PROGRÈS ET LACUNES

La parcellisation des obligations déontologiques des agents du secteur public est l'un des traits frappants de la situation actuelle. Dans les statuts de la fonction publique, il y a peu de chose, même si ce peu-là est important : riche en droits et garanties, la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires n'édicte que trois obligations déontologiques véritables (art. 26 : consacrer l'intégralité de son activité professionnelle à son service, avec beaucoup d'exceptions ; art. 27 : secret et discrétion professionnels ; art. 28 : obligation d'obéissance). La situation est la même dans le code pénal, avec notamment la répression de la prise illégale d'intérêt (art. 432-11), de la corruption passive et du trafic d'influence (art. 432-11 et s., modifiés en dernier lieu par l'article 154 de la loi du 17 mai 2011, de « simplification et d'amélioration de la qualité du droit »).

C'est qu'en effet les pouvoirs publics parent au plus pressé, en fonction des circonstances (c'est-à-dire, bien souvent, des scandales médiatiques) sans souci de cohérence et encore moins d'exhaustivité. Ainsi, la révélation de faits nombreux et graves de corruption parmi les élus locaux notamment, a-t-elle suscité la loi du 29 janvier 1993 dont le surnom usuel de « loi Sapin » ne doit pas faire oublier l'intitulé officiel : « relative à la lutte contre la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », avec son cortège d'obligations et de sanctions. Elle institue une commission compétente pour moraliser le « pantouflage », dont la compétence a été progressivement étendue (v., en dernier lieu, Déc. n° 2011-82 du 20 janv. 2011). Elle porte le nom de commission de déontologie, ce qui est excessif (la déontologie ne se résume pas aux règles de passage du secteur public au secteur privé !) et significatif (à l'époque, le législateur a pu penser que c'était la question la plus importante).

Les mêmes causes (l'indignation devant des affaires graves) produisant les mêmes effets, la lutte contre les conflits d'intérêts est en ce moment au cœur des préoccupations des pouvoirs publics (v. J. Moret-Bailly, Définir les conflits d'intérêts, D. 2011. 1100). Le présent dossier lui est largement consacré (v. *infra*, l'article de C.-L. Vier, p. 869). L'actualité est particulièrement riche, avec notamment le rapport *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, remis en janvier 2011 au président de la République par la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie

publique, dont on a cru qu'il pourrait déboucher sur une loi (mais le projet n'a pas figuré à l'ordre du jour de la présente législature) (v. *infra*, Perspectives). Le scandale dit «du Médiator» vient de susciter la loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, qui crée en particulier dans le code de la santé publique un titre «Règles déontologiques et expertise sanitaire». Mais à nouveau, si l'œuvre est utile, elle n'aborde qu'un aspect de la déontologie.

Certaines règles en vigueur ne remplissent plus leurs fonctions de guide pour les agents. Tel est le cas pour les obligations de discrétion et de secret. La loi de 1983 qui les affirme et les nombreuses dispositions législatives et réglementaires qui les répètent, sont très imprécises. Les textes récents qui s'attachent à l'accès du public à l'information, à sa circulation entre services tenus au secret ou à la protection des sources des journalistes, ne disent rien de la manière concrète de respecter l'obligation (sauf pour le secret de la Défense nationale : v., la monumentale Instruction générale interministérielle du 23 juill. 2010). Il manque l'autre face de la médaille, celle des producteurs et détenteurs de l'information administrative. Il est souvent difficile à un agent de savoir ce qu'il peut ou doit dire, ce qu'il peut ou doit taire. Dès lors, ou des révélations inadmissibles ne donnent pas lieu à sanction, ou c'est la sanction, parfois mal venue et toujours mal vécue, qui fait scandale. Bien sûr, l'usage d'internet a révolutionné non seulement les techniques, mais aussi les mentalités. Mais il n'excuse pas tous les manquements : il impose des règles nouvelles et adaptées (v. A. Cavaniol, Le fonctionnaire internaute est-il affranchi de ses obligations déontologiques ?, AJDA 2011. 252). Il sera certainement très difficile de reconstruire ce droit en miettes, mais il est indispensable d'essayer.

> *Il est souvent difficile à un agent de savoir ce qu'il peut ou doit dire, ce qu'il peut ou doit taire.*

L'obligation d'obéissance hiérarchique est un autre sujet délicat que les règles ne traitent plus de manière satisfaisante. Elle n'est d'ailleurs pas sans lien avec le point précédent, puisque des fonctionnaires se permettent d'informer la presse des pratiques de leur administration qui les indignent. Comment concilier le devoir d'obéissance hiérarchique et la conscience personnelle, lorsque le premier heurte la seconde ? Vieux thème mais renouvelé et mal réglé. Les «désobéisseurs» apportent une réponse, mauvaise car ils font de leur bonne conscience ou de leurs convictions politiques, le seul étalon de leur manière d'exercer le service public. Mais quelle est la bonne réponse ? Il paraît de plus en plus net qu'il faut rénover la vieille théorie des «baïonnettes intelligentes», aujourd'hui exprimée, pour le fonctionnaire civil, par l'article 28 de la loi de 1983 : «Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public». Peut-on aller jusqu'à affirmer un droit ou un devoir de non-exécution d'un ordre dont l'exécution serait contraire à une obligation déontologique de l'agent ?

En tout cas, devant l'incertitude des agents sur la consistance précise de leurs obligations déontologiques, il serait utile d'instituer dans le secteur public, des «tiers de confiance» ou des «référents» auxquels ils pourraient s'adresser pour obtenir un conseil dans un cas difficile. Il aurait un rôle équivalent à celui du bâtonnier chez les avocats ou des institutions ordinales dans les professions sanitaires. Mais cela mérite réflexion car il faudrait combiner cette sorte de rescrit disciplinaire avec l'organisation hiérarchique de la fonction publique, alors que les membres des professions libérales ne sont précisément pas soumis, en principe, à une hiérarchie. Qui serait ce «tiers de confiance» ? Il ne devrait pas être le supérieur hiérarchique ; succomber à la mode d'une autorité indépendante chargée du conseil déontologique ne serait pas non plus une bonne solution, car lourde, lente et éloignée de la pratique quotidienne. L'Assemblée nationale a créé en 2011 un déontologue, qui a remis son premier rapport en février 2012. La charte de déontologie de la juridiction administrative institue un collège de déontologie «chargé d'éclairer les membres de la juridiction administrative sur l'application des principes et bonnes pratiques rappelées dans le présent document». Ce sont des initiatives intéressantes mais qui posent des problèmes nouveaux : en particulier, quelle sera la portée d'un «rescrit déontologique», notamment devant les conseils de discipline ?

AVENIR PROBABLE

On peut parier sans grand risque que peu à peu, les textes déontologiques gagneront en unité formelle et en autorité juridique. C'est en effet l'évolution qu'ils ont connue dans les professions libérales : de plus en plus unifiés au plan national de plus en plus écrits, de plus en plus haut placés dans la hiérarchie des normes (v., par ex., J. Moret-Bailly et D. Truchet, *Déontologie des juristes*, PUF, Licence, 2010, pp. 75 et s.).

Aujourd'hui, la déontologie du secteur public est très loin de la complétude et de la structuration de la déontologie des professions libérales, encore que les textes de ces dernières soient souvent assez mal rédigés.

Sa codification est-elle nécessaire ? La déontologie matérielle ne peut-elle continuer à exister sans un support formel spécifique et unifié ? On peut soutenir avec raison qu'il n'est pas besoin de textes nouveaux pour affirmer que les agents publics doivent se consacrer à leur travail avec soin, traiter les administrés avec respect et neutralité, et leurs supérieurs hiérarchiques, subordonnés, collègues avec correction, être probes et loyaux, veiller à la dignité de leur tenue et de leur comportement, respecter la confidentialité des informations qu'ils détiennent, etc. Le traditionnel système matériel et procédural de contrôle de légalité, de responsabilité des agents et de la personne morale pour laquelle ils agissent, de répression disciplinaire, financière (devant la Cour de discipline budgétaire et financière) et pénale, pourrait paraître suffisant.

Que l'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, l'observation des faits montre qu'il ne l'est plus. Un faisceau de considérations va en ce sens. Aucune n'est péremptoire mais leur somme est convaincante.

Un effort de pédagogie s'impose. La déontologie dans le secteur public s'est forgée dans le cadre hiérarchisé et autoritaire des XIXe et XXe siècles, et évidemment, avant les bouleversements induits par la société de l'information. Malgré les corrections récentes, elle n'est sans doute plus en phase avec

les attentes ou les « valeurs » comme on dit, des agents. Leurs jeunes générations ne perçoivent plus autant que leurs prédécesseurs, l'utilité de certaines obligations de comportement dans le service, voire ne les connaissent plus. L'ignorance chez beaucoup de jeunes chercheurs en droit, des usages de citation et prohibition du plagiat est, par exemple, frappante : non qu'ils seraient moins honnêtes que les plus anciens, mais parce que ces derniers ne les ont pas suffisamment informés de ce qui leur paraissait, à tort, évident, faute d'avoir bien mesuré les changements liés à l'usage des technologies de l'information et de la communication (le « copier-coller » par exemple). Le secteur public peut d'autant moins éluder cet effort de formation que la déontologie est à la mode. Les entreprises et les associations se dotent de chartes éthiques, les professions libérales ne cessent d'amender leur code de déontologie. Même les avocats aux Conseils, qui n'avaient jamais éprouvé le besoin de codifier leur déontologie, probablement en raison de leur faible effectif, ont adopté le 2 décembre 2010 un règlement général de déontologie, qui est d'ailleurs un modèle de rédaction.

Il serait facile de moquer cet engouement général pour la déontologie qui va de pair avec la mode de l'« éthique », du « citoyen », du « responsable », de l'« équitable », ou du « durable » : ce serait une erreur. Il correspond à un sentiment profond de l'opinion publique (D. Truchet, Le besoin de déontologie, AJDA 2010. 2129). Nous voulons tous être traités avec respect et impartialité. Les arrangements entre amis, les passe-droits, les privilèges, les conflits d'intérêts sont moins acceptés que jamais, surtout en période de crise économique qui accroît les craintes d'exclusion et la perception des inégalités. Depuis quelques mois, l'indignation est devenue une vertu, sinon même un devoir ! Au nom de quoi, le secteur public serait-il épargné ? Il a au contraire toutes les raisons d'être particulièrement visé : dans les représentations collectives, il est un vecteur essentiel d'une solidarité nationale plus nécessaire que jamais mais menacée par la lutte contre les déficits publics, et un instrument de pouvoir toujours soupçonné d'être détourné de ses fins d'intérêt général dans des buts partisans.

Il serait facile de moquer cet engouement général pour la déontologie, ce serait une erreur. Il correspond à un sentiment profond de l'opinion publique.

L'effet d'image est capital car il est en réalité, lié au fond : il faut montrer sa vertu pour être crédible et il faut être crédible pour être accepté et obéi. Comme les justiciables avec la « théorie des apparences », les administrés doivent non seulement être convenablement traités au fond, mais encore avoir la conviction de l'avoir été et les moyens de le vérifier. Mieux afficher publiquement sa déontologie serait un bon moyen pour le secteur public de les leur donner. Ainsi libéré de soupçons le plus souvent injustes, il serait plus efficace car son action et ses décisions seraient mieux acceptées. La déontologie rejoint donc les thèmes très actuels de la « bonne gouvernance » et de la « performance ». Il est regrettable que les promoteurs de la révision générale des politiques publiques ne l'aient pas compris et aient entièrement ignoré la composante déontologique des politiques publiques. Ils auraient dû aussi examiner les coûts de la déontologie, qu'il ne faut pas nier mais intégrer à la réflexion : fonctionnement du service public plus complexe, risque d'une perte de compétence si les agents et les experts les plus qualifiés sont atteints d'incompatibilité, procédures plus longues, exposition plus forte à la critique…

La déontologie des agents du secteur public ne sera jamais identique à celle des professions libérales. La poursuite de l'intérêt général (que l'on peut voir aussi comme la norme déontologique suprême du secteur public) exclut une assimilation totale, puisque les professions libérales doivent d'abord s'attacher à servir (dans certaines limites) les intérêts particuliers des clients. Mais la gestion des services publics s'accommode parfaitement d'une déontologie rénovée et assumée ; on peut même affirmer qu'elle l'exige. La puissance publique y ferait-elle obstacle ? Non : plus on a de pouvoirs, plus on doit aujourd'hui avoir des égards pour ceux sur qui ils s'exercent. Mais elle s'applique à des usagers, non à des clients et requiert donc des règles adaptées. Ainsi, les codes de déontologie des professions libérales attachent-ils une grande et légitime importance au respect de la volonté des clients, alors que la puissance publique s'impose à celle des administrés. Il est évident que l'obligation d'impartialité essentielle dans les professions publiques, n'a pas de sens pour un avocat qui défend une cause. La nature, les fins et les méthodes du secteur public et du secteur privé diffèrent, mais chacun a besoin d'une déontologie et les deux se rejoignent sur des valeurs de respect, de loyauté, de compétence et d'honnêteté qui sont de plus en plus ressenties comme fondamentales pour protéger la dignité de la personne humaine.

Une dernière question est quasiment réglée par le changement de nature qui affecte toute la déontologie : est-elle une affaire intérieure ? Dans les professions libérales, elle le reste par son mode d'élaboration (mais de plus en plus relayé par décret) auquel les clients et usagers ne sont jamais associés, son champ d'application (mais qui dépasse la seule pratique professionnelle) et ses sanctions disciplinaires. Ces traits ne se retrouvent pas avec autant de vigueur dans le secteur public. Mais le caractère intérieur est partout nuancé – ou plus exactement, contredit – par la médiatisation des codes et règlements déontologiques : c'est désormais autant au public qu'aux membres des professions qu'ils s'adressent ; ils ne sont plus seulement un catalogue interne des devoirs professionnels mais aussi un répertoire des garanties accordées aux clients et usagers. En contentieux administratif, les mesures d'ordre intérieur se réduisent d'ailleurs comme peau de chagrin.

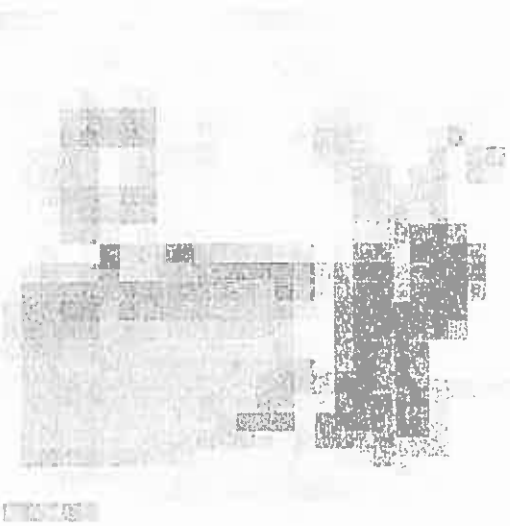
Les victimes d'un manquement à la déontologie ont-elles un droit à obtenir des sanctions disciplinaires contre son auteur ? C'est une question délicate. Dans le secteur privé, les réponses législatives et jurisprudentielles sont actuellement instables et variables. Dans le secteur public, le Conseil d'État considère qu'un administré n'a pas d'intérêt à agir contre la sanction disciplinaire d'un fonctionnaire (ou contre un refus de sanction) et a jugé que « la victime [de la faute commise par l'agent public sanctionné], si elle a droit à la réparation intégrale du préjudice résultant de cette faute, n'est pas titulaire d'un droit à indemnité résultant soit de l'absence de sanction disciplinaire de l'agent qui a commis la faute, soit du choix de la sanction disciplinaire qui a été infligée » (CE 2 juill. 2010, *Consorts Bellanger*, req. n° 322521, Lebon ; AJDA 2010. 1347

et 1945, concl. J.-P. Thiellay ; AJFP 2010, 317, note O. Guillaumont). Cette sage persistance de l'ordre intérieur sera sans doute difficile à défendre contre les pressions des requérants.

Tout commande que la restructuration de la déontologie des agents du secteur public qui a commencé en ordre dispersé, se poursuive de manière rationnelle, à l'instar de ce qui s'est passé dans les professions libérales. Elle ne saurait cependant être le décalque pur et simple de ce que font ces dernières car les différences de métier sont trop fortes pour que cela soit possible. Le point le plus délicat ne semble pas être son adaptation aux missions propres du service public, ni même à l'exercice de la puissance publique. Il sera de concilier la déontologie des agents avec leur subordination hiérarchique.

DOCUMENT n° 4

Conflits d'intérêts : ce qui va changer



Ça va vous arriver

La commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique a rendu son rapport fin janvier. Elle prône *« l'élaboration d'une véritable stratégie de prévention »*. Les hauts cadres de la territoriale sont concernés par les mesures proposées. Un projet de loi devrait voir le jour et les élus locaux pourraient également être concernés.

L'actualité pousse fréquemment les plus hautes autorités de l'État à créer une commission de réflexion et/ou à commander un rapport public. Il y a là une sorte de énième spécificité française comparable au plan local à la « réunionite aigue ». En l'occurrence, le chef de l'État avait commandé le rapport en septembre 2010, au moment où l'affaire Woerth-Bettencourt battait son plein et quelques jours après la sortie du livre de Martin Hirsch, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*.

Le rapport rendu a la légitimité de la qualité des membres qui composent la commission : Didier Migaud, premier président de la Cour des comptes, Jean-Claude Magendie, ancien premier président de la cour d'appel de Paris et Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État. Néanmoins, on regrettera que, conformément à la demande du président de la République, le rapport rendu ne concerne pas expressément les élus locaux et les parlementaires. Les nouveaux dispositifs préconisés visent ainsi « seulement » leurs proches collaborateurs ainsi que les hauts cadres de la fonction publique territoriale. Il faut cependant espérer que le projet de loi qui devrait voir le jour dans les prochains mois s'attachera à établir de nouvelles règles pour l'ensemble des acteurs potentiellement concernés par la problématique des conflits d'intérêts et donc élus compris.

LE CONFLIT D'INTÉRÊTS : UNE SITUATION D'INTERFÉRENCE

La commission préconise d'inscrire dans une loi la notion de conflits d'intérêts. Pour la commission, 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 pouvant influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions.

L'intérêt privé d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public s'entend d'un avantage pour elle-même, sa famille, ses proches ou des personnes ou organisations avec lesquelles elle entretient ou a entretenu des relations d'affaires ou professionnelles significatives, ou avec lesquelles elle est directement liée par des participations ou des obligations financières ou civiles.

DES MÉCANISMES PRÉVENTIFS

La commission recommande la mise en place dans chaque administration de dispositifs préventifs : des formations adaptées, des codes de conduite et chartes de déontologie incluant notamment des recommandations de bonnes pratiques dans les relations avec les représentants d'intérêts (« lobbyistes »).

> « La création, en matière de prévention de la mise en place de nouvelles règles pour éviter notamment le risque pénal de signalement des infractions aux lanceurs d'alerte [...] »

Alban Mercantour
alban.mercantour@voila.fr
Juriste territorial

DÉCRYPTAGE

> « La commission préconise d'instaurer un dispositif de déclaration d'intérêts pour les plus hauts cadres des collectivités d'au moins 30 000 habitants »

Est également recommandée la mise en place de mécanismes d'alerte permettant à un agent de signaler un risque d'infraction sans risque d'être sanctionné. En pratique, certains agents se sentent aujourd'hui parfois démunis entre une solution potentiellement excessive (dénoncer des faits au Procureur de la République en application de l'article 40 du Code de procédure pénale) et ne rien faire.

Il s'agit aussi de généraliser une obligation *« d'abstention ou de déport »* dans le traitement d'un dossier pour lequel les intérêts privés de l'acteur public sont de nature à compromettre ou paraître compromettre son indépendance, son impartialité ou son objectivité. Très concrètement, cette obligation devrait s'appliquer à tous types d'affaires (marchés publics...), y compris pour la nomination aux emplois publics. On comprend donc la nécessité d'élargir aux élus cette obligation même si elle existe en partie déjà compte tenu de l'existence du délit de prise illégale d'intérêts et de l'article L2131-11 du CGCT, relatif à la notion de *« conseiller intéressé »* qui précise que *« sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires »*.

La commission préconise également d'instaurer un dispositif de déclaration d'intérêts pour les acteurs publics les plus exposés, notamment les ministres, leurs proches collaborateurs, les plus hauts cadres des collectivités territoriales d'au moins 30 000 habitants, de même que les responsables des sociétés d'économie mixte, sociétés publiques locales, groupements d'intérêt public et établissements publics. La déclaration d'intérêts serait souscrite au moment de la prise de fonctions et mise à jour chaque année ainsi qu'en cas de changement significatif de la situation de l'assujetti. Leurs déclarations ne seraient pas rendues publiques, contrairement à celles des membres du gouvernement. Quelque 4 000 personnes seraient concernées. La méconnaissance grave des obligations déclaratives, notamment l'absence de déclaration, serait sanctionnée par une amende (assortie, le cas échéant, d'une peine complémentaire d'inéligibilité ou d'interdiction d'exercice d'une fonction publique) et/ou une sanction disciplinaire.

MODIFICATION DES RÈGLES EXISTANTES

La commission préconise également de restreindre les possibilités de cumul de fonctions ou d'activités. L'interdiction qui est faite aux agents publics de cumuler plusieurs activités (sauf exception) serait étendue aux collaborateurs des cabinets tant au niveau national que local. De plus, le directeur général ou le directeur général adjoint d'un EPCI ne pourrait pas être en même temps conseiller municipal d'une commune membre de l'établissement. Enfin, les ministres devraient renoncer à l'exercice d'un mandat exécutif dans une collectivité ou un EPCI.

Rejoignant une proposition parlementaire, la commission préconise de mettre en cohérence les dispositifs répressifs et préventifs, en précisant, à l'article 432-12 du Code pénal relatif à la prise illégale d'intérêts, qu'est sanctionnée la prise d'un intérêt *« de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité »* de la personne et non plus *« un intérêt quelconque »*.

Concernant la mobilité de certains agents publics ou membres de cabinets vers des entreprises du secteur privé avec lesquelles ils ont eu un lien, la commission estime que le mécanisme consultatif actuel géré par la Commission de déontologie, très critiqué au moment de « l'affaire » Pérol, n'est pas satisfaisant. À la place, il est proposé l'instauration d'un régime d'autorisation préalable délivrée par une autorité indépendante, dont la méconnaissance serait sanctionnée par les peines de l'article 432-13 du Code pénal. ■

La transparence, sauf pour les élus locaux et les parlementaires

L'association Transparency International France s'est félicitée de la « solidité » des mesures proposées. Mais elle a regretté, en particulier s'agissant de l'obligation de déposer une déclaration d'intérêts, qu'elles ne s'appliquent pas aux *« parlementaires et aux élus des grandes collectivités »*.

Quid des cadeaux ?

La commission préconise également d'interdire les cadeaux, libéralités et invitations venant de partenaires ou de prestataires, à l'exception de ceux dont le montant peut être considéré comme mineur. Elle indique que le montant retenu pourrait être fixé à 150 euros, montant qui peut néanmoins apparaître comme non négligeable. Au-delà de ce montant, les cadeaux devraient faire l'objet d'une déclaration et d'une remise à la collectivité.

La commission recommande aussi d'édicter une charte du parrainage (« *sponsoring* ») posant les principes directeurs applicables en la matière, qui pourraient être adaptés selon les secteurs d'activité. Les autorités publiques devraient ainsi s'abstenir de solliciter ou d'accepter des sponsors ou mécénats dont la nature et le montant seraient de nature à compromettre leur indépendance.

15

La notion de conflit d'intérêts

PAR CHARLES-LOUIS VIER
DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT AU CONSEIL D'ÉTAT
ET À LA COUR DE CASSATION HONORAIRE

L'ESSENTIEL

Connue de très longue date comme la situation de l'avocat qui accepte de défendre plusieurs parties qui ont des intérêts opposés, le conflit d'intérêts a été récemment étendu à la situation des personnes, élus, fonctionnaires, dirigeants des secteurs public et privé, qui ont des intérêts personnels contraires aux intérêts collectifs qui leur sont confiés. En l'absence de définition juridique connue, des définitions « opérationnelles », c'est-à-dire adaptées au but assigné, la prévention des conflits d'intérêts, ont été proposées et la commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts y a consacré, en 2011, un important rapport. Si des projets de loi ont ensuite été déposés, ils n'ont pas encore été adoptés, mais on rencontre d'ores et déjà dans le droit positif des exemples de mise en œuvre de la notion de conflit d'intérêts, tels le code de déontologie de l'Assemblée nationale et la charte de déontologie des membres de la juridiction administrative.

Au un avocat qui le consultait sur la possibilité de continuer à plaider alors qu'il venait d'être nommé tribun de la plèbe, Pline le Jeune (61-114) répondait en se référant au choix qu'il avait lui-même fait en semblable occurrence : pour sauvegarder l'indépendance et la dignité de sa fonction publique, il avait « préféré se montrer le tribun de tous plutôt que l'avocat de quelques-uns » (*Epistulae*, 1, 23, 1-5). Cette formule, d'une sobriété toute romaine, tranche peut-être l'un des premiers conflits d'intérêts perçus et consignés comme tels. Surtout, elle révèle d'emblée que c'est au sein et dans l'exercice de la profession d'avocat qu'a pris corps cette notion. Dans le procès, l'opposition des intérêts qui s'affrontent est particulièrement caractérisée et il n'est donc pas surprenant que ce soit dans le prétoire qu'est apparue l'impossibilité radicale de représenter et de défendre des intérêts contraires, ou même seulement divergents. Comme le dira bien plus tard la Cour de justice de l'Union européenne, « l'absence de conflit d'intérêts est indispensable à l'exercice de la profession d'avocat » (CJUE 2 déc. 2010, aff. C-225/09).

Cependant, alors même que le droit romain, à mesure qu'il se perfectionnait, l'ancien droit, puis le droit de l'époque contemporaine interdisaient, de longue date, aux avocats de se mettre dans une telle situation, celle-ci ne fut que tardivement nommée « conflit d'intérêts ». D'un emploi relativement récent, l'expression n'a d'abord désigné que la situation de l'avocat et, au-delà, de toute personne qui prend en charge les intérêts de tiers, qui accepte de représenter et de défendre des intérêts antagonistes.

Bien évidemment, la déontologie, puis la réglementation de leurs activités professionnelles ont strictement interdit à ces praticiens de se mettre en situation de conflit d'intérêts. On en trouve aujourd'hui une expression achevée dans le règlement général de déontologie des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation adopté le 2 décembre 2010 (§ 24) : « Un avocat aux Conseils ne peut défendre deux parties qui ont des intérêts opposés » (v. J. Barthélemy, La déontologie des avocats aux Conseils, *Mélanges Boré*, Dalloz, 2006, p. 7). De même, l'article 4 du règlement intérieur national de la profession d'avocat, adopté le 12 juillet 2007,

reprenant les termes du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, dispose que « l'avocat ne peut être ni le conseil ni le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire s'il y a conflit entre les intérêts de ses clients ou, sauf accord des parties, s'il existe un risque sérieux d'un tel conflit ». Ce règlement identifie précisément le conflit d'intérêts dans la fonction de conseil et dans la fonction de représentation et de défense : il y a conflit lorsque l'avocat ne pourrait mener complètement sa mission de conseil sans compromettre les intérêts d'une ou plusieurs parties, ou lorsque l'assistance de plusieurs parties le conduirait à présenter une défense différente de celle qu'il aurait choisie si ne lui avaient été confiés que les intérêts d'une seule. Le code de déontologie des avocats européens (§ 21.3.2), adopté par le Conseil des barreaux européens (annexé au règlement intérieur, préc.), interdit pareillement à l'avocat d'être le conseil, le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire, s'il y a conflit entre les intérêts de ses clients ou un risque sérieux d'un tel conflit.

Dans son acception première, le conflit d'intérêts est donc la situation où un professionnel qui conseille, représente ou assiste des tiers a pris en charge des intérêts opposés de telle sorte qu'il ne peut remplir loyalement sa mission à l'égard de tous. Une telle situation est radicalement prohibée et ceux qui s'y placent néanmoins s'exposent *ipso facto* à des sanctions disciplinaires.

Son acception étendue conduit à rendre moins claire, voire confuse, la notion de conflit d'intérêts, à y inclure des situations très différentes.

Mais l'expression « conflit d'intérêts », sans doute parce qu'elle est simple et parlante, peut-être aussi parce qu'elle est d'origine anglo-saxonne, connaît une fortune récente bien au-delà de la situation des praticiens qui acceptent de défendre des intérêts antagonistes qu'elle caractérisait à l'origine (v. J. Moret-Bailly et D. Truchet, *La déontologie des juristes*, PUF, 2010).

Elle est désormais employée pour nommer une évidence, qui est de tout temps, parce qu'attachée à la nature humaine et à la vie en société, mais dont il semble qu'il faille aujourd'hui prendre une meilleure conscience. Un rapport d'information du Sénat (*Prévenir effectivement les conflits d'intérêts pour les parlementaires*, n° 518, 12 mai 2011) le constate exactement : « L'émergence d'un conflit d'intérêts est possible dès lors que plusieurs intérêts distincts coexistent. Or, cette multiplicité d'intérêts est inhérente à la vie de chaque individu puisque toute personne, bien que détentrice d'intérêts privés [familiaux, financiers, patrimoniaux, etc.] doit également, dans le cadre des fonctions qu'elle exerce – et quelle que soit la nature de ces fonctions – être porteuse d'intérêts collectifs [...]. Toute contradiction entre ces intérêts, même si elle ne conduit pas l'individu à adopter une conduite frauduleuse, est constitutive d'un conflit d'intérêts ».

Du conflit entre plusieurs intérêts remis par des tiers à une même personne, qui ne concernait qu'une catégorie particulière, on passe ainsi au conflit entre les intérêts propres d'une personne et ceux qui lui sont confiés à raison de ses fonctions ou de son statut, situation commune à tous, hormis, peut-être, quelques ermites. Mais cette extension conduit à rendre moins claire, voire confuse, la notion de conflit d'intérêts, à y inclure des situations très différentes, au point d'en faire une catégorie hétérogène, et impose d'y introduire toutes sortes de distinctions, que ce soit pour analyser les situations de conflit ou pour rechercher des moyens de prévention et de sanction.

Martin Hirsch, auteur de *Pour en finir avec les conflits d'intérêts* (Stock, 2010), constate : « En France, il n'existe pas de définition juridique du conflit d'intérêts, ni de doctrine véritablement reçue et partagée » (JCP 22 déc. 2011, n° 52, suppl.). Bien plus, selon le professeur Nicolas Molfessis, « rétifs à une approche objective et à tout le moins uniforme, les conflits d'intérêts sont aussi pluriels qu'ils semblent pouvoir embrasser les situations les plus diverses » (*ibid*.).

Cependant, si l'expression « conflit d'intérêts » a été ainsi étendue, ou distendue, ce n'est pas d'abord pour des raisons spéculatives, mais afin de surmonter, par un inventaire plus précis, une prévention plus efficace et des sanctions plus dissuasives, les difficultés, parfois graves, que peut susciter une situation de conflit. L'approche est pratique et opérationnelle.

Abandonnant le conflit entre les intérêts différents confiés à une même personne par des tiers, situation connue et réglementée de longue date, pour s'en tenir à la généralisation récente de la notion de conflit d'intérêts à l'opposition entre les intérêts propres d'une personne et ceux, le plus souvent collectifs, dont elle est chargée, on cherchera donc le sens contemporain de la notion de conflit d'intérêts dans les travaux qui ont perfectionné l'approche de telles situations, puis dans les tentatives de mettre en œuvre cette nouvelle conception. Naturellement, le conflit d'intérêts ainsi entendu se rencontre dans les relations de droit privé comme dans l'univers des pouvoirs publics et de l'administration, mais on s'en tiendra ici aux conflits où sont en cause les intérêts confiés à des personnes investies de fonctions publiques.

Essai de définition de la notion de conflit d'intérêts

Nombreux ont été, depuis une dizaine d'années, les essais de définition de la notion de conflit d'intérêts largement entendue, mais les travaux de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique ont, au début de l'année 2011, marqué une étape essentielle de cette recherche.

LA ZONE GRISE ET L'IMPENSABLE

Si le conflit est au cœur de l'être humain soumis aux séductions antagonistes du Bien et du Mal, force est de constater que les juristes n'accèdent pas à la notion de conflit d'intérêts par la voie de la philosophie ou de l'ontologie.

Certes Nicolas Molfessis y voit « ce fil qui relie l'individu à un objet qui aliène – ou risque d'aliéner – son libre arbitre. D'où il ressort que le conflit d'intérêts, c'est avant tout un conflit avec soi-même, une tension de l'esprit qui vient orienter la pensée au risque d'aliéner le jugement » (préc.). Mais d'autres déduisent seulement de ce que l'

conflit d'intérêts serait inhérent à la nature humaine ou à la vie en société, l'impossibilité d'une synthèse : « On conçoit donc à quel point cette notion est vaste et combien les situations de conflit d'intérêts peuvent être diverses et fréquentes [...]. La notion de conflit d'intérêts inclut des situations très hétérogènes [...] et ne fait pas l'objet d'une définition précise dans la doctrine [et encore moins en droit] » (rapport d'information du Sénat, préc., p. 2). Seul d'ailleurs ce rapport sénatorial s'attache à relever pourquoi la notion de conflit s'acclimate difficilement dans le contexte juridique et philosophique français : pour le juriste, elle met à mal la conception classique de la norme, qu'exprime l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel : « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché », conception légaliste où la ligne est précisément tracée entre ce que la loi interdit et réprime, et le reste, qui est permis. « Les conflits d'intérêts, qui se placent dans une "zone grise" entre le pénal et le non-pénal, imposent donc une remise en cause de cette conception » (*ibid.*).

D'autre part, la notion de conflit d'intérêts met aussi à mal la conception traditionnelle de l'intérêt général, « concept transcendant » d'une telle force et d'une telle autorité qu'il n'est pas concevable qu'il soit en conflit avec un intérêt particulier, c'est-à-dire sur le même plan. Par suite, ceux qui l'ont en charge ne peuvent vivre un tel conflit. Il suffit donc de prévoir de lourdes sanctions pour châtier ceux qui, oubliant l'absolue supériorité de l'intérêt général, auraient exceptionnellement privilégié leur intérêt personnel. On tiendra pour particulièrement judicieuse cette observation, qui suffit à comprendre pourquoi l'on n'avait pas, jusqu'à présent, enseigné aux hommes politiques et aux fonctionnaires qu'ils pouvaient se trouver en situation de conflit d'intérêts : cette supposition eût été quasiment injurieuse. Elle était, à tout le moins, impensable.

> *On peut définir le conflit d'intérêts comme « une situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs » (G. Canivet).*

Il en est cependant, et ils ne sont plus rares, qui ont surmonté l'obstacle de l'imprécision du concept, de son hétérogénéité ou de sa difficile conciliation avec nos traditions. Ils y parviennent en adoptant une démarche pragmatique, toute entière ordonnée au but préalablement assigné à la définition. Constatant des transgressions, peut-être plus fréquentes, et surtout la méfiance croissante de la « société civile » à l'égard de ses dirigeants, ils en déduisent l'insuffisance de la dissuasion pénale et la nécessité de prévenir tant les écarts que les soupçons. La définition que l'on donne alors du conflit d'intérêts est dictée par ce but : éviter les situations où le responsable public – mais cela vaut aussi pour les dirigeants du secteur privé – serait exposé à méconnaître ses obligations.

C'est ainsi que Guy Canivet, alors premier président de la Cour de cassation, estime que « l'on peut rapidement s'accorder à définir le conflit d'intérêts comme une situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs » (colloque organisé par l'association Droit et commerce, 2 avr. 2006, *Le conflit d'intérêts, une question majeure pour le droit des affaires du XXI siècle. Propos introductifs*, p. 2). C'est ainsi également que le voient tant le MEDEF, « Le fait qu'une personne risque de perdre son indépendance intellectuelle ou son objectivité et se trouve ainsi fragilisée dans l'exercice de ses responsabilités » (*Prévenir et gérer les conflits d'intérêts*, guide du MEDEF, févr. 2008), que le service central de prévention de la corruption : « 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 influer ou paraître influer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées par cet organisme » (rapport 2004). Cette définition reprend exactement une recommandation (n° R [2000] 10) du comité des ministres du Conseil de l'Europe et précède de peu celle, souvent citée, que donnera l'OCDE : « Un conflit d'intérêts implique 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 indument la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités » (*Lignes directrices sur la prévention des conflits d'intérêts*, 2005).

Le conflit d'intérêts se définit ainsi moins comme une situation où se rencontrent, en une même personne, des intérêts opposés, que par les conséquences que cette opposition pourrait avoir sur l'accomplissement des fonctions de cette personne.

LES TRAVAUX DE LA COMMISSION SAUVÉ

C'est aussi cette approche que choisira et approfondira la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique instituée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010, présidée par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat et dont le rapport sera remis le 26 janvier 2012 (J.-M. Sauvé, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, JCP 26 déc. 2011, n° 52, suppl. ; S. Brondel, Des propositions pour faire émerger une nouvelle culture déontologique dans la vie publique, AJDA 2011. 132).

L'objectif est clairement énoncé : « Elaborer une définition opérationnelle de la notion même de conflit d'intérêts [...]. C'est en effet autour d'une définition à la fois raisonnable et effective que peuvent ensuite s'articuler de manière cohérente les dispositifs de prévention et, le cas échéant, de sanction des conflits d'intérêts » (rapport, p. 9). La commission confirme ensuite cette démarche en faisant précéder la partie où elle dégage une définition de développements sur les « exigences de la prévention des conflits d'intérêts : un juste équilibre entre prévention, confiance et responsabilité ». Cette approche permet de préciser et, partant, de sélectionner les intérêts susceptibles de créer une situation de conflit qui mérite d'être prise en considération : des intérêts qui présentent une intensité suffisante et soient effectivement en opposition, des intérêts matériels, à l'exclusion des intérêts moraux, qu'écarte le rapport, des intérêts réellement personnels et non pas collectifs. Elle conduit la commission à définir le conflit d'intérêts comme « 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 come étant de nature à influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions» (rapport, p. 19 et proposition n° 1, p. 114). On comprend, à lire cette définition, plus complexe et nuancée que les précédentes, et la glose qui la complète pour définir l'intérêt privé et exclure de son champ certains intérêts, que la commission pour la prévention des conflits dans la vie publique a voulu, ou dû, s'entourer de beaucoup de précautions pour que la définition qu'elle adoptait soit effectivement «opérationnelle», c'est-à-dire à la fois applicable et efficace.

De fait, les conséquences qu'elle en a tirées confirment cette conception précise, nuancée et centrée sur les effets possibles du conflit. En proposant d'inscrire cette définition dans une loi, de mettre en place des chartes et des codes de déontologie, d'imposer l'obligation d'abstention ou de déport dans le traitement d'un dossier pour lequel les intérêts privés de l'acteur public sont de nature à compromettre ou paraître compromettre son indépendance, son impartialité ou son objectivité, en suggérant d'établir une liste limitative des personnes tenues de produire une déclaration d'intérêts, la commission montre bien qu'il s'agit de prévenir les risques de conflit les plus manifestes, caractérisés par la gravité des conséquences, les transgressions ou même seulement les risques ou les apparences de transgression, que peuvent créer de telles situations, principalement en raison de la position éminente des autorités concernées.

Ensuite, l'invitation à mettre en place des chartes et codes de «conduite», à y inclure des «recommandations de bonnes pratiques», à construire une «nouvelle culture de la déontologie», s'inscrit exactement dans la suite de la définition du conflit d'intérêts retenue par la commission, dans cette «zone grise» aperçue par le rapport du Sénat sur la prévention effective des conflits d'intérêts (préc.), où, sans être en lui-même une infraction – comment pourrait-il l'être? – le conflit n'en est pas moins répréhensible et doit être soit évité, soit, au minimum, racheté par la transparence. A cette ambigüité, inévitable, de la situation de conflit, correspond l'ambigüité des corps de règles qui devraient la régir: chartes de déontologie, codes de conduite, recommandations de bonnes pratiques, dont le statut et l'autorité ne sont pas toujours précisément fixés, pas plus que le statut et l'autorité de ceux qui sont chargés d'aider à leur élaboration et à leur application, les déontologues, qui ne sont ni supérieurs hiérarchiques ni juges (v., pour une illustration de la position d'un déontologue, le premier rapport du professeur J. Gicquel, déontologue de l'Assemblée nationale, 22 févr. 2012, http://www.assemblee-nationale.fr/qui/rapport_deontologue_2012.pdf).

Les tentatives de mise en œuvre

Les efforts de réflexion et de définition que l'on a pu recenser se voulaient donc opérationnels. Ils ont effectivement abouti à quelques tentatives de mise en œuvre. Sans prétendre à un inventaire exhaustif, on retiendra des projets et propositions de loi et, à titre d'exemples, deux récents codes de déontologie qui, à l'Assemblée nationale et dans la juridiction administrative, ont été adoptés pour, entre autres, prévenir les conflits d'intérêts.

PROJETS ET PROPOSITIONS DE LOI

Six mois après que la commission de réflexion sur les conflits d'intérêts dans la vie publique avait remis son rapport, le gouvernement a déposé à l'Assemblée nationale un projet de loi (n° 3704) relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique et un projet de loi organique (n° 3705) relatif au statut de la magistrature destiné à étendre à certains magistrats de l'ordre judiciaire une partie des mesures prévues dans le projet général (M.-C. de Montecler, Vers la création d'une Autorité de la déontologie de la vie publique, AJDA 2011, 1524).

Ces projets s'inscrivent dans le droit fil des constats et des propositions de la commission de réflexion pour renforcer la prévention des conflits d'intérêts. Le chapitre Ier du projet n° 3704 y est particulièrement consacré. Il institue une obligation de déclaration d'intérêts à la charge des «personnes dépositaires de l'autorité publique» (exposé des motifs) : membres du gouvernement, membres des cabinets ministériels et collaborateurs du président de la République, titulaires d'emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du gouvernement, membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes, présidents et membres des autorités administratives indépendantes, dirigeants des entreprises publiques, directeurs des établissements hospitaliers les plus importants, certains agents de la fonction publique territoriale, ainsi que les agents publics et autres personnes dont la liste sera établie par décret en Conseil d'Etat (l'art. 2 du projet de loi organique relatif au statut de la magistrature étend l'obligation de déclaration d'intérêts aux magistrats de la Cour de cassation). L'article 3 du projet de loi ordinaire fixe les modalités de mise en œuvre de la déclaration d'intérêts. Il est enfin institué (art. 4) un dispositif de gestion sans droit de regard de la part des intéressés, pendant la durée de leurs fonctions, pour les intérêts financiers détenus par les membres du gouvernement et les membres des autorités administratives qui interviennent dans le domaine économique.

Les projets de loi déposés à l'Assemblée nationale s'inscrivent dans le droit fil des constats et des propositions de la commission Sauvé.

Mais, si ces dispositions tendent effectivement à prévenir les conflits par l'obligation de déclarer les intérêts personnels, seul l'article 1er du projet de loi se réfère expressément à la notion de conflit d'intérêts: «Les personnes dépositaires de l'autorité publique et les personnes chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec probité et impartialité. Elles veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts». A cette fin, sont indiquées les mesures que doivent prendre différentes catégories de personnes: celles qui sont placées sous l'autorité d'un supérieur hiérarchique le saisissent et c'est ce supérieur qui apprécie s'il y a lieu de confier le dossier ou la décision à une autre personne; celles qui appartiennent à des instances collégiales s'abstiennent de

siéger et les personnes exerçant des fonctions juridictionnelles sont suppléées selon les règles propres à la juridiction : « les personnes exerçant des compétences qui leur ont été dévolues en propre apprécient si elles doivent être suppléées » et le projet poursuit en organisant cette suppléance, le cas général étant celui des « autres personnes » qui sont « suppléées par tout délégataire, auquel elles s'abstiennent d'adresser des instructions ».

Ces dispositions sont relativement souples. Certes les intéressés sont tenus de faire cesser « immédiatement » la situation de conflit d'intérêts. Mais les moyens d'y parvenir sont moins rigides puisque le projet s'en remet à deux reprises à des appréciations : celle du supérieur hiérarchique lorsque la personne en situation de conflit est pourvue d'un tel référent ; celle des intéressés eux-mêmes dans le cas des « personnes qui exercent des responsabilités qui leur ont été dévolues en propre ». La conséquence du conflit d'intérêts n'est en définitive automatique que dans le cas des membres des instances collégiales et de celles qui exercent des fonctions juridictionnelles, les unes et les autres devant alors s'abstenir de siéger ou se faire suppléer.

On remarque, d'autre part que, si le projet de loi emploie l'expression « situation de conflit d'intérêts » pour y attacher des conséquences plus ou moins obligatoires, il s'abstient de toute définition. L'exposé des motifs s'en explique : « Le projet de loi ne reprend pas telle quelle la définition du conflit d'intérêts proposée par la commission de réflexion pour les besoins de son étude, qui cherchait à définir *a priori* et de manière limitative les cas de conflit d'intérêts, notamment par la détermination du cercle des proches dont les intérêts devraient entrer en ligne de compte. Il a en effet paru essentiel de ne pas cristalliser dans la loi une situation qui peut revêtir des formes multiples dans la pratique, avec le risque d'exclure du cadre préventif des hypothèses susceptibles d'être regardées comme constitutives du délit de prise illégale d'intérêts prévu par le code pénal ». Il ajoute toutefois : « Le conflit d'intérêts est ainsi conçu par le projet de loi comme la situation dans laquelle l'impartialité de la personne intéressée pourrait être mise en doute et justifie la mise en œuvre des mécanismes d'abstentions évoqués plus haut », ce qui confirme, avec une particulière évidence, l'approche « opérationnelle » de la commission de réflexion, au point même que le conflit d'intérêts ne se définit plus ni par les intérêts en cause, ni par leur opposition, mais exclusivement par l'éventuelle mise en doute de l'impartialité de la personne intéressée et parce que cette situation justifie la mise en œuvre des moyens de mettre fin au conflit. On voit ainsi définir la cause : le conflit d'intérêts, par ses effets : la mise en œuvre des moyens d'y mettre fin.

Déposés en juillet 2011, les projets de loi et de loi organique n'ont pas été à ce jour adoptés, ni même discutés et n'ont pas encore fait l'objet de rapports. On peut donc s'interroger sur leur avenir, mais en espérant « que les élus de 2012, quels qu'ils soient, auront à cœur de tenir les engagements de l'actuel président » (M.-C. de Montecler, Mais où est donc passée la déontologie ?, AJDA 2011, 2153).

Il n'est pas certain toutefois que, si la majorité sortante n'est pas reconduite à l'Assemblée nationale, la prochaine législature se prononcera sur les projets de l'actuel gouvernement. En effet, quatre députés de l'opposition avaient déposé, le 19 octobre 2011, une proposition de loi relative à la transparence de la vie publique et à la prévention des conflits d'intérêts (n° 3866) et une proposition de loi organique qui portait le même titre (n° 3838). Ces propositions ont été rejetées au terme d'un bref débat dès le 7 décembre 2011 (v. P. Roger, Conflits d'intérêts : un projet de loi aux oubliettes, Le Monde, 2 déc. 2011). Le chapitre V de la proposition de loi traitait de la prévention des conflits d'intérêts, mais seulement pour les membres du gouvernement, les élus et les membres de leur cabinet. Il s'inscrivait expressément dans la ligne du rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique et même du projet de loi du gouvernement : plus exigeant et rigoureux que ce projet à l'égard des membres du gouvernement et des élus, y compris certains élus locaux, les propositions de loi n'abordaient pas les conflits d'intérêts des magistrats et des fonctionnaires et semblaient donc se satisfaire de ce que prévoient à cet égard les projets gouvernementaux. En revanche, à la différence de ces derniers, les propositions des députés voulaient inscrire dans la loi une définition des conflits d'intérêts, en reprenant celle qu'avait retenue la commission présidée par Jean-Marc Sauvé.

> *Les projets du gouvernement et les propositions de l'opposition ne sont pas si différents qu'on ne puisse apercevoir la possibilité d'un consensus.*

Celle-ci a donc eu l'incontestable mérite d'avoir inspiré tant le gouvernement que certains parlementaires de l'opposition. Les projets du premier et les propositions des seconds ne sont pas si différents qu'on ne puisse apercevoir la possibilité d'un consensus, lorsque la question reviendra à l'ordre du jour.

CODE ET CHARTE DE DÉONTOLOGIE

Si le législateur ne s'est donc pas encore prononcé, la notion de conflit d'intérêts dans la vie publique a cependant déjà été mise en œuvre, çà et là, dans le droit positif. On en retiendra deux illustrations : le code de déontologie de l'Assemblée nationale et la charte de déontologie des membres de la juridiction administrative.

Le 6 avril 2011, le bureau de l'Assemblée nationale a adopté un code de déontologie et imposé l'obligation pour tous les députés de remplir une déclaration d'intérêts au début de leur mandat (http://www.assemblee-nationale.fr/presidence/presse/communiques/201).

Ce code de déontologie est lapidaire : en six articles, il dispose que les députés doivent agir dans l'intérêt général, être indépendants, objectifs, responsables, probes et exemplaires. L'expression « conflit d'intérêts » n'y figure pas, mais la notion transparaît à l'article 2 : « En aucun cas les députés ne doivent se trouver dans une situation de dépendance à l'égard d'une personne morale ou physique qui pourrait les détourner du respect de leurs devoirs tels qu'énoncés dans le présent code ». En cas d'hésitation, ils pourront s'adresser au déontologue institué en même temps qu'était adopté le code. Comme l'écrit le professeur Jean Gicquel, premier déontologue de l'Assemblée nationale, dans son rapport précité du 22 février

2012 (p. 4), il s'agit ici d'une combinaison de «*soft law* et droit parlementaire». On observera avec intérêt les fruits de ce mélange, qui devraient apaiser les soupçons de l'opinion publique, à moins que la transparence ainsi organisée les ravive et les nourrisse.

Bien plus substantielle, précise et développée est la charte de déontologie des membres de la juridiction administrative, «Principes et bonnes pratiques», publiée par le Conseil d'Etat le 12 janvier 2012 (http://www.conseil-etat.fr/media/document/RH/mep_charte_deontologie_web.pdf ; v. l'entretien entre P. Gonod et Ch. Vigouroux, p. 875). Le chapitre IV est consacré à la prévention des conflits d'intérêts dans l'exercice des fonctions. Il prévoit, pour tous les membres de la juridiction administrative, un «entretien déontologique» et, dans les cas dont il fait l'inventaire, l'abstention du membre de la juridiction en situation de conflit.

Le principe est, tant pour l'entretien déontologique que pour l'abstention, «de prévenir les situations dans lesquelles pourrait naître, dans l'esprit des parties à un procès, du destinataire d'un avis et plus généralement du public, un doute légitime quant à l'impartialité ou l'indépendance des membres de la juridiction administrative» et ceci, «même du point de vue des apparences». Sont ensuite décrites les «bonnes pratiques» qu'il convient de suivre pour prévenir ces situations. Pas moins de douze hypothèses sont alors envisagées.

On retrouve là la définition opérationnelle du conflit d'intérêts, c'est-à-dire la situation où peut naître un doute légitime sur l'indépendance ou l'impartialité du juge et qui doit en conséquence être soit évitée, à l'issue de l'entretien déontologique, soit supprimée, par l'abstention ou le déport.

Le conflit d'intérêts du juge administratif est ainsi conçu et traité comme celui de toute autre autorité publique ou de tout fonctionnaire. Rien ne s'y oppose, bien au contraire, dès lors que rendre la justice est une éminente mission de service public et qu'il ne doit pas y avoir de conflit entre l'intérêt général qui s'attache à cette mission et les éventuels intérêts particuliers du juge, que la charte permet de discerner et d'évaluer précisément.

Ces chartes ou codes de déontologie, les projets de loi sur la prévention des conflits d'intérêts, les travaux de la commission de réflexion sur cette prévention ont ainsi franchi de façon cohérente l'obstacle au moins intellectuel qu'aurait pu constituer la conscience que tout homme est, d'une manière ou d'une autre, en situation de conflit entre des intérêts qui s'opposent. En effet, ce n'est pas de cela que naissent les délits et les soupçons, mais de situations particulières dont l'inventaire a été fait et la mesure prise. Par là, la notion de conflit d'intérêts qui ressort de ces travaux et de ces documents rejoint celle, plus ancienne, du conflit d'intérêts que peut connaître et que doit absolument éviter l'avocat. Hommes politiques, fonctionnaires et juges sont tenus, comme l'avocat, de ne pas se mettre en situation de trahir les intérêts qui leur sont confiés et de manquer ainsi à leur plus haute obligation, la loyauté qu'ils doivent à ceux qui placent en eux leur confiance, qu'ils les aient élus, nommés ou choisis, et dont l'indépendance et son corollaire, l'impartialité, sont les indispensables garants. ■

AJDA
31-35, rue Froidevaux,
75685 Paris Cedex 14
tél. 01 40 64 54 54,
fax 01 40 64 54 66

Pour joindre un correspondant,
composez le : 01 40 64
suivi des chiffres figurant à la suite de son nom.
e-mail : aj@dalloz.fr

Hebdomadaire 68e année

PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL
Renaud Lefebvre

RÉDACTION
Directeur scientifique : Yves Jégouzo
Rédactrice en chef :
Marie-Christine de Montecler (5474)
Rédactrice en chef adjointe :
Séverine Brondel (5405)
Rédaction : Carine Biget (5435),
Rémi Grand (5306)

Conseil scientifique :
Bernard Dreyfus, Etienne Fatôme,
Fabrice Melleray, Marcel Pochard, Nicolas Portier,
Vincent Potier, Laurent Richer, Didier Truchet,
Charles-Louis Vier
Rédactrice en chef technique :
Béatrice Lapouille (5338)
Secrétaires de rédaction :
Caroline Charrier (5368), Elsa Lebigot (5380)
Maquettiste - Graphiste : Patrick Verdon
Marketing : Bénédicte Bédoussac
Abonnements : Yvette Nay
80, avenue de la Marne, 92541 Montrouge Cedex
tél. 0820 800 017 (0,12 € TTC/mn),
fax 01 40 64 89 92, e-mail : ventes@dalloz.fr
Service clients : Marie-Hélène Tylman
tél. 0820 800 017 (0,12 € TTC/mn)
Publicité : Romain Clément
tél. 01 40 92 37 41 ;
e-mail : rclement@editions-legislatives.fr
France 1 an : 362,46 € TTC
Etranger 1 an : 421 € TTC
Prix au numéro : 20,42 € TTC

L'ACTUALITÉ JURIDIQUE
DROIT ADMINISTRATIF
est éditée par ÉDITIONS DALLOZ
SA au capital de 3 956 040 €
Siège social, 31-35 rue Froidevaux
75685 Paris Cedex 14
RCS Paris 572 195 550, CODE APE 5811 Z
N° SIRET 572 195 550 00098
N° TVA FR 69 572 195 550
Directeur de la publication : Renaud Lefebvre
N° CPPAP : 1212 T 79888
JOUVE, 1, rue du Docteur-Sauvé
53100 Mayenne
Dépôt légal - avril 2012
Société des Editions Lefebvre-Sarrut

© Editions Dalloz - L'Actualité juridique - droit administratif, avril 2012

Ce numéro comporte un encart « AJDA magazine » non folioté placé entre les pages 849 et 850

DOCUMENT n° 6

21

Extrait

Pour une nouvelle déontologie de la vie publique

Rapport de la Commission de réflexion
pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique,
remis au Président de la République le 26 janvier 2011

Extrait

22

TROISIEME PARTIE
PROPOSITIONS

La France doit aujourd'hui se donner pour ambition de faire émerger une nouvelle culture déontologique des responsables publics, ayant pour finalité première de préserver et de renforcer la **relation de confiance** qui existe entre ceux-ci et les citoyens au service desquels ils exercent leur mission. Cette culture peut, comme on l'a vu, s'appuyer sur des fondements anciens et éprouvés et des valeurs fortes, qui sont celles du service public et dont il convient à présent de tirer pleinement parti, en les explicitant et en les faisant vivre dans la durée. La confiance ne peut en effet se gagner que par la constance dans le respect de principes et de valeurs éthiques clairement affirmés et formalisés. A cet enjeu fondamental s'ajoute la nécessité d'assurer la **sérénité et la sécurité juridique de l'action des responsables publics**, conditions essentielles de son efficacité, mais aussi de l'attractivité des métiers publics. Enfin, la crédibilité de cette déontologie suppose que les manquements avérés soient effectivement sanctionnés.

Pour atteindre ces objectifs, la **stratégie de prévention et de traitement des conflits d'intérêts** dont la vie publique de notre pays a besoin doit être forte, cohérente et explicite. Cette stratégie suppose de repenser et de rééquilibrer l'ensemble des dispositifs existants selon une double logique :

- **Privilégier l'approche préventive sur la logique curative ou répressive qui structure actuellement notre « droit des conflits d'intérêts »** : on ne peut se satisfaire de la seule présence d'une épée de Damoclès pénale, même si elle ne frappe que rarement, sans donner aux acteurs publics les moyens et outils permettant d'éviter qu'ils ne s'y exposent involontairement, sans la moindre intention dolosive ou répréhensible. Traiter les conflits d'intérêts, c'est avant tout faire en sorte qu'ils ne surviennent pas. Dans le même temps, la Commission est très attachée à ce que les manquements et abus soient sévèrement sanctionnés. Dès lors que la République affirme l'importance d'une éthique de la vie publique et mobilise des moyens humains et financiers pour prévenir l'apparition ou la persistance de conflits d'intérêts, il est parfaitement légitime que ceux qui s'y soustraient volontairement ou par une négligence excessive soient plus durement réprimés.

- **Combiner subsidiarité et cohérence dans la gestion des conflits d'intérêts** : aucun régime juridique contraignant, aussi complet soit-il, ne peut prétendre supprimer ou assurer l'innocuité des conflits d'intérêts. La matière ne se prête assurément pas à l'édiction *ex ante* de normes qui, imposées d'en-haut, viendraient régler dans le moindre détail le comportement des acteurs publics. Prévenir les conflits d'intérêts, c'est avant tout en prendre conscience, les analyser concrètement et dialoguer ouvertement. Il appartient à chaque responsable concerné, à chaque structure administrative de s'interroger d'initiative sur les risques de conflits d'intérêts susceptibles de naître de son activité et de définir de manière concertée des mécanismes et des processus de gestion efficaces de ces risques. Cette **responsabilité incombe aussi bien à l'acteur public qu'à sa**

hiérarchie. Pour autant, il va de soi qu'une culture déontologique commune ne peut naître et prospérer que sur la base de principes et valeurs de portée générale, affirmés au niveau normatif adéquat, sous la coordination et la supervision d'une autorité qui soit à même d'en contrôler l'application.

C'est la raison pour laquelle la commission estime indispensable **d'inscrire dans la loi, non seulement la définition des conflits d'intérêts proposée en première partie (2.3) et le principe même de leur prévention, mais également les grands principes déontologiques et les valeurs qui doivent guider l'action des personnes concourant à l'exercice d'une mission de service public** : la probité, l'intégrité, l'impartialité et l'objectivité. Ces principes résultent aujourd'hui de la jurisprudence et sont avant tout conçus comme des bases de la responsabilité disciplinaire des agents ou des conditions de la légalité des actes administratifs ; ils doivent aujourd'hui constituer des obligations s'imposant concrètement aux acteurs publics, sans fragiliser à l'excès les processus de décision publique. Ces obligations individuelles constituent tout à la fois le reflet et la traduction de l'exigence de neutralité de l'action publique et de la puissance publique prises dans leur globalité. Cette exigence impose, au-delà du comportement de chaque acteur public, de veiller à ce que, sur le plan institutionnel, les collectivités publiques soient également prémunies des risques de conflits d'intérêts et ne se placent en aucune manière en situation de dépendance (notamment financière) à l'égard d'intérêts privés. En particulier, les nécessités de consultation ou de concertation avec les groupes, intérêts ou entreprises qui sont les partenaires, les interlocuteurs ou les usagers des services publics ne doivent jamais faire perdre de vue le service de l'intérêt général, lequel ne se réduit pas à la combinaison ou la conciliation d'intérêts de nature privée.

La définition du conflit d'intérêts proposée en première partie (2.3) devrait également être inscrite dans la loi. Quant à la prévention de ces conflits qui doit aussi être consacrée législativement, elle doit revêtir une double dimension : **l'obligation pour toute personne concourant à l'exercice d'une mission de service public de ne pas se placer dans une situation de ce type ou de la résoudre, si elle survient ; et l'obligation corrélative pour l'autorité hiérarchique de ne pas placer ou maintenir une personne sous son autorité dans une situation de conflit d'intérêts.**

Ce cadre normatif général devra être conjugué, selon la logique de subsidiarité mentionnée ci-dessus, avec des **codes de conduite** ou des **chartes de déontologie**, rendus publics, qui permettent de mettre en œuvre ces principes fondamentaux. Ces instruments auraient ainsi pour objet de traduire concrètement, c'est-à-dire « localement », par ministère, établissement ou service les grands principes posés par la loi, de préciser les modalités de mise en œuvre des dispositifs de prévention prévus par la loi ou le décret, de fournir aux responsables publics des outils de prévention et de traitement des conflits d'intérêts, en illustrant concrètement les hypothèses de conflits d'intérêts et **la marche à suivre pour régler les problèmes** qu'ils peuvent susciter. Ces guides doivent couvrir l'ensemble des questions déontologiques, qu'il s'agisse de la gestion des sollicitations extérieures, du secret professionnel ou encore de la gestion du patrimoine personnel, en mettant l'accent sur les risques auxquels les agents du service ou de l'organisme concerné sont plus particulièrement exposés. **La première charte doit concerner les membres du Gouvernement** Rapidement, chaque ministère, voire chaque

direction, doit se doter d'un outil analogue, de même que les autorités administratives indépendantes, les plus grandes collectivités territoriales, les établissements hospitaliers d'une taille significative ainsi que les principaux établissements publics (autres que les établissements publics de santé) et les entreprises publiques les plus importantes.

Enfin, il importe de bâtir une **nouvelle architecture institutionnelle**, basée sur une autorité centrale et un réseau de déontologues, permettant tout à la fois d'assurer une visibilité du traitement des conflits d'intérêts à l'égard des citoyens (ainsi que de nos partenaires étrangers et internationaux), d'apporter à l'ensemble des responsables publics concernés des repères et une aide concrète, et de veiller au respect des règles contraignantes. La mise en place de cette architecture ne signifie pas pour autant que les administrations seraient dispensées de mener la réflexion déontologique en leur sein et d'agir pour qu'elle se concrétise : au contraire, chacune d'elles doit aujourd'hui s'approprier la « matière déontologique » et s'organiser pour répondre aux besoins des acteurs publics et aux attentes des citoyens et des usagers.

Telles sont les lignes directrices qui ont inspiré les propositions suivantes, qui constituent un tout équilibré, dont chaque élément ne peut être compris et mis en œuvre qu'à la lumière des autres mécanismes existants ou proposés. La Commission a ainsi formulé un ensemble de propositions, se rattachant respectivement à la mise en place de mécanismes préventifs (I), à une adaptation des régimes répressifs et prohibitifs (II) et du régime encadrant les mouvements du secteur public vers le secteur privé (III), au renforcement des règles déontologiques applicables aux acteurs publics (IV) et à l'organisation institutionnelle du contrôle de la déontologie dans la vie publique française (V). La mise en place de ces mesures doit s'appuyer sur la diffusion d'une culture de la déontologie largement partagée (VI), et s'appuyer sur un dispositif normatif conjuguant dispositions législatives et réglementaires d'une part, codes ou chartes de déontologie d'autre part (VII).

I. IDENTIFIER ET TRAITER LES CONFLITS D'INTERETS PAR LA MISE EN PLACE DE MECANISMES PREVENTIFS POUR LES FONCTIONS QUI LE REQUIERENT

La Commission considère que les obligations et les éventuelles sanctions en cas de conflit d'intérêts doivent être clarifiées et articulées, pour certaines fonctions, avec un mécanisme préventif de déclaration d'intérêts. Si un tel dispositif ne peut pas être généralisé, il pourrait être utilement instauré pour les fonctions les plus exposées. Sans exonérer la personne concernée de toute responsabilité en cas de conflit d'intérêts avéré, une telle déclaration favoriserait la prise de conscience des risques en amont, tant par la personne que par l'institution à laquelle elle appartient. Enfin, si la personne a respecté ses obligations et qu'une situation de conflit d'intérêts intervient, la Commission est alors d'avis que, sauf cas particulièrement grave, la sanction doit d'abord être d'ordre politique, pour les membres du Gouvernement ou, disciplinaire, pour les agents publics.

1.1. Clarifier les obligations et les sanctions en cas de conflit d'intérêts

1.1.1. Les obligations

Indépendamment de la déclaration d'intérêts, qui intervient en amont, il convient de prévoir des dispositifs préventifs permettant tant à la personne concernée qu'à l'institution ou la structure à laquelle elle appartient de traiter les éventuelles situations de conflit d'intérêts, qu'elles soient structurelles ou ponctuelles.

Les conflits d'intérêts « structurels » font obstacle à ce que l'acteur public exerce ses missions tout en conservant des intérêts privés qui entrent en conflit avec ces missions. En fonction des circonstances, il devra donc soit renoncer à sa mission publique, soit abandonner l'intérêt privé litigieux. En cas de doute, il appartient à la personne concernée d'en informer sans délai l'autorité dont il relève ou sa hiérarchie (s'agissant des ministres, le Premier ministre) et, au terme d'un dialogue, de respecter les consignes données par cette dernière. Une telle situation est relativement rare, dans la mesure où elle suppose une superposition des intérêts publics et privés telle qu'elle fasse obstacle à l'exercice de la mission publique. En règle générale, elle tombe d'ailleurs sous le coup de l'article 432-12 du code pénal et, s'agissant des agents publics, du 3° du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983.

Les conflits d'intérêts « ponctuels » peuvent en revanche intervenir plus fréquemment, et parfois de manière fortuite. Dans de telles circonstances, la Commission propose que **soit instaurée par la loi une obligation d'abstention**, connue, au sein des juridictions, sous le nom de « déport ». L'abstention doit conduire la personne concernée à ne pas prendre part au traitement d'une affaire lorsqu'elle estime en conscience ne pas pouvoir la traiter avec objectivité ou lorsqu'elle estime que son impartialité serait susceptible d'être à bon droit mise en cause par les tiers sur le fondement de la théorie des apparences. Cette obligation d'abstention ne vise pas seulement la signature d'un acte administratif ou, plus largement, l'exercice d'une mission ou d'un contrôle. Elle englobe toute participation, quelle qu'en soit la forme, au traitement d'une affaire. S'agissant par exemple des délibérations d'organismes collégiaux ou même de simples réunions, l'abstention implique de quitter le lieu où se déroule la délibération. En effet, outre que la simple présence d'une personne peut influencer les discussions, celle-ci est susceptible de retirer un avantage d'informations privilégiées échangées collégialement. Même si la règle du secret professionnel fait obstacle à la transmission de telles informations aux tiers, il est nécessaire que l'acteur public en situation de conflit d'intérêts n'y ait pas même accès.

Cette obligation d'abstention devrait s'appliquer pour tous les types d'affaires, y compris pour la nomination aux emplois publics. Le recours aux concours administratifs offre des garanties essentielles et la jurisprudence relative au principe d'impartialité interdit d'ores et déjà qu'un membre de jury participe à la délibération concernant une personne qui lui est proche. Les recrutements de contractuels devraient être précédés de procédures présentant les mêmes garanties d'impartialité et d'objectivité, dans la mesure du possible (appels à candidatures, sélection par un

comité...), tandis que les règles d'abstention susmentionnées devraient s'appliquer lorsque seraient en cause des nominations de proches.

De la même manière, et en retour, **il conviendrait de prévoir dans la loi l'obligation pour l'employeur de ne pas placer ou maintenir une personne sous son autorité dans une situation de conflit d'intérêts.**

S'agissant des acteurs publics disposant d'un pouvoir normatif – en pratique, ceux qui exercent les plus hautes responsabilités - de tels conflits peuvent susciter des difficultés organisationnelles. **Il convient donc d'organiser juridiquement et pratiquement le transfert de responsabilité de ces acteurs publics.** Par principe, en cas de conflit d'intérêts ponctuel, le pouvoir devrait être exercé pour l'occasion par l'autorité hiérarchiquement supérieure à l'autorité ou l'agent concerné. Pour les membres du Gouvernement, ce pouvoir serait confié au Premier ministre, pour les ministres et pour les ministres délégués (ou secrétaires d'État) placés directement auprès de lui ; il serait confié aux ministres, pour les ministres délégués (ou secrétaires d'État) placés auprès d'eux. Point n'est évidemment besoin d'un texte spécifique pour qu'un membre du Gouvernement puisse exercer directement une attribution déléguée à un ministre ou un secrétaire d'État délégué auprès de lui : le membre titulaire est de plein droit compétent et il suffit de mettre en œuvre de strictes règles d'orientation et de traitement du ou des dossiers générateurs de conflits. En revanche, pour que le Premier ministre puisse se substituer à un ministre qui serait en situation de conflit d'intérêts, il est nécessaire de prendre une disposition réglementaire, sous la forme d'un décret en Conseil d'État, qui viendrait compléter de manière transversale les décrets d'attributions des ministres.

Au sein des administrations, si le supérieur hiérarchique (y compris le ministre) n'est pas en mesure de se substituer à un subordonné en situation de conflit d'intérêts, l'affaire doit pouvoir être confiée à un autre agent. La délégation de signature ne dessaisissant pas le délégant de qui est réputée émaner la décision, il conviendrait par conséquent de modifier les textes, de telle sorte qu'en cas de conflit d'intérêts, la délégation donnée à un subordonné vaille délégation de pouvoirs sans possibilité pour le délégant de donner des instructions à ses subordonnés. Un tel mécanisme, qui peut être institué par un texte réglementaire s'agissant de l'État (et pourrait prendre place dans le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement), relève de la loi s'agissant des collectivités territoriales.

1.1.2. Les sanctions en cas de conflit d'intérêts avéré

L'existence d'un conflit d'intérêts dans le processus de prise de décision met *a priori* en cause la légalité de l'acte. C'est ainsi que certaines dispositions prévoient l'illégalité de l'acte adopté par un organisme collégial, dès lors que l'une des personnes y ayant participé aurait un intérêt à l'affaire. Tel est le cas, par exemple, de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales, en vertu duquel sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil municipal intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires. Si une telle automaticité se justifie en l'absence complète de dispositif préventif contraignant, il est cependant apparu à la Commission que, dès lors que les mécanismes de prévention auraient été dûment respectés, la survenance d'une situation de conflit d'intérêts ne devrait pas entraîner automatiquement l'illégalité de

l'acte en cause. Il semble préférable, dans ce type d'hypothèse, de laisser le soin au juge de la légalité de l'acte d'examiner, en fonction des circonstances d'édiction de la décision ou de la délibération et de la nature des intérêts en cause, ainsi que du rapport entre l'intérêt en cause et l'acte litigieux, si le vice est substantiel et si, par conséquent, cet acte doit être annulé.

Quant aux sanctions individuelles, si elles sont exclues dès lors que les intérêts en cause ne sont pas de nature à compromettre l'indépendance, l'impartialité et l'objectivité de la personne concernée, la question est plus délicate en cas de conflit d'intérêts réel qui serait survenu en dépit du respect des mécanismes de prévention. Un tel conflit peut ainsi survenir, alors que les conduites à tenir prescrites par un code de déontologie ont été respectées ou que l'autorité hiérarchique a été dûment informée de la situation, notamment au travers d'une déclaration d'intérêts, et n'a pas présenté d'objection, voire a expressément consenti à la situation. Il a semblé à la Commission que, sans préjudice des sanctions pénales, pour lesquelles de tels faits devraient en tout état de cause être regardés comme des circonstances atténuantes, la sanction devrait alors être disciplinaire ou politique selon les fonctions exercées, sans automaticité. L'instauration de dispositifs de prévention des conflits d'intérêts doit en effet contribuer à sécuriser les situations individuelles : ne pas tenir compte de leur stricte observance tant par les personnes concernées que par les autorités dont elles relèvent serait, à cet égard, paradoxal et contre-productif.

1.2. Instaurer un dispositif de déclaration d'intérêts pour les titulaires de responsabilités particulières

Dans un premier temps, une telle obligation, qui devrait être prévue par la loi, porterait, tant pour des raisons de protection de la vie privée que d'efficacité matérielle, sur les seuls emplois comportant des responsabilités d'une importance particulière, à savoir :

- les membres du Gouvernement ;

- les directeurs et directeurs adjoints de cabinets, ainsi que les collaborateurs de ces cabinets qui ont au cours des trois dernières années entretenu des relations professionnelles avec des opérateurs économiques ou des organismes privés, ou dont les missions ont trait aux questions économiques et financières, qu'il s'agisse des cabinets des membres du Gouvernement ou des conseillers de la présidence de la République ;

- les directeurs d'administration centrale et les titulaires des autres emplois de direction de l'administration de l'Etat de niveau équivalent ;

- les autres titulaires d'emplois supérieurs à la décision du Gouvernement, notamment les préfets et les ambassadeurs ;

- les présidents et les membres des collèges des autorités administratives indépendantes chargées de missions de régulation de nature économique ainsi que, lorsqu'ils existent, des organes de ces autorités chargés des sanctions ;

- les directeurs généraux des centres hospitaliers universitaires et les directeurs généraux des centres hospitaliers dotés d'un emploi fonctionnel ;

28

- les titulaires des emplois les plus importants de la fonction publique territoriale : directeurs généraux des services et directeurs (généraux) des services techniques des communes et des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de plus de 30 000 habitants, directeurs généraux des services et leurs adjoints des conseils généraux et des conseils régionaux ;

- les responsables (présidents exécutifs et directeurs généraux, ainsi que présidents des directoires et des conseils de surveillance) des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte, des sociétés publiques locales, des groupements d'intérêt public et des établissements publics, autres que les établissements publics de santé, dont le chiffre d'affaires ou le budget est supérieur à un seuil qui pourrait être de l'ordre de 40 M€[136].

En outre, il **appartiendrait aux ministres qui l'estiment nécessaire, notamment en matière de sécurité sanitaire (santé publique, médicament...) et de risques industriels, d'étendre l'obligation de déclaration d'intérêts à d'autres agents publics ou collaborateurs occasionnels du service public, eu égard à la nature de leurs fonctions.** Une telle obligation interviendrait dans les limites et les conditions applicables aux autres catégories de personnes qui y sont soumises, aussi bien en termes de contenu que de champ ou de périodes couvertes par la déclaration. En tout état de cause, les personnes actuellement assujetties à une déclaration d'intérêts le resteraient.

Un tel champ d'application n'aurait pas vocation à demeurer figé : la liste des personnes concernées pourrait être ultérieurement complétée pour intégrer des responsables publics exerçant d'autres missions (certains praticiens hospitaliers ou dirigeants d'organismes locaux de sécurité sociale, par exemple) ou d'un niveau hiérarchique inférieur.

S'agissant **des intérêts en cause**, la Commission considère que ne devraient être déclarés que les intérêts matériels ou professionnels **en relation avec la fonction occupée**, à savoir les intérêts financiers détenus et gérés directement par le déclarant à la date de la déclaration, ainsi que l'ensemble des intérêts professionnels de la personne au cours d'une période passée pertinente. La durée « rétrospective » des intérêts professionnels est délicate à définir : la rupture des liens professionnels constitue par elle-même une importante atténuation du risque de conflit d'intérêts. Mais elle ne suffit pas toujours à l'éteindre. Il a donc semblé à la Commission qu'il serait cohérent, au stade de la déclaration, de retenir une durée similaire à celle pendant laquelle il est interdit à un agent public d'être engagé par une entreprise du secteur concurrentiel dont il a eu à assurer la surveillance ou le contrôle, fixée à trois ans par l'article 432-13 du code pénal. Pour les membres du Gouvernement, une période de cinq ans devrait être retenue.

Pour les personnes occupant des fonctions particulièrement importantes ou sensibles, notamment les membres du Gouvernement et les membres de cabinet dont les activités portent sur les questions économiques et financières, l'ensemble des actifs financiers devraient être déclarés (actions, obligations, produits dérivés,

[136] Ce montant correspond au seuil à partir duquel les entreprises publiques sont soumises à la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques

contrats d'assurance-vie...) Sur le modèle de plusieurs législations étrangères, les liquidités et les parts d'OPCVM (SICAV et FCP) seraient toutefois exemptées de déclaration, à l'exception, pour ces dernières, de celles qui se rapportent à des secteurs d'activité précisément définis (OPCVM dits « dédiés »).

Conformément aux recommandations de la première partie, devraient également, pour toutes les personnes concernées, être déclarés les intérêts matériels et professionnels actuels de la famille proche (conjoint, ascendants et descendants directs). En revanche, ne seraient pas déclarés les intérêts moraux, intellectuels, religieux, politiques, syndicaux ou associatifs. Par dérogation à ce principe, pourraient être indiqués par le déclarant, dans une rubrique générale relative aux « autres intérêts de nature à susciter un doute sur l'impartialité et l'objectivité », non de simples opinions, mais des mandats, fonctions ou responsabilités dans ces domaines qui pourraient avoir un impact sur l'exercice de la fonction publique. La confidentialité la plus stricte devrait être assurée à cette dernière rubrique.

Un modèle de déclaration d'intérêts est proposé en annexe au présent rapport.

La détermination des tiers apparaissant dans la déclaration d'intérêt, comme il a été indiqué au stade de la définition des conflits d'intérêts, est particulièrement délicate. Il est apparu à la Commission que les personnes incluses dans le champ de la déclaration devraient être le déclarant, son époux, partenaire de pacte civil de solidarité ou concubin, ses enfants et ses ascendants. Les collatéraux et beaux-parents en seraient exclus, sous réserve d'intérêts connus du déclarant et qui seraient d'une nature telle qu'ils seraient susceptibles de placer le déclarant dans une situation potentielle de conflit d'intérêts structurel (ces intérêts seraient alors déclarés dans la rubrique « autres intérêts »). En tout état de cause, le déclarant serait tenu à une déclaration loyale, complète et informée s'agissant de ses propres intérêts, mais **il n'aurait d'obligations, s'agissant des proches, que pour les informations qu'il peut raisonnablement obtenir ou connaître**. On ne peut en effet exiger du déclarant qu'il ait connaissance d'informations que ses proches ne lui auraient pas divulguées, ni a fortiori exiger des proches de lui en adresser communication. Cette réserve conduit donc, dans les faits, à écarter, sauf situation notoirement connue, les intérêts des proches avec lesquels les liens seraient rompus ou très largement distendus.

La question des destinataires et de la publicité des déclarations d'intérêts est indissociable de la précédente, dans la mesure où elle touche à la vie privée du déclarant.

S'agissant tout d'abord des destinataires de la déclaration, la Commission suggère qu'elle soit adressée à l'autorité responsable du déclarant ou à son supérieur hiérarchique, ainsi qu'au déontologue de l'institution ou la structure à laquelle le déclarant appartient. Concrètement, les membres du Gouvernement devraient donc remettre leur déclaration d'intérêts au Premier ministre ; les membres d'autorités administratives indépendantes aux présidents respectifs de celles-ci ; les présidents de ces autorités devraient les remettre à l'Autorité la déontologie (cf. *infra*) ; les dirigeants d'établissements publics et d'entreprises publiques à leurs ministres de tutelle ; les agents publics concernés à l'autorité hiérarchique dont ils relèvent (par exemple les ministres pour les directeurs d'administration centrale). La remise de la

déclaration d'intérêts devrait fournir l'occasion d'un dialogue, le cas échéant éclairé par le déontologue, entre le déclarant et l'autorité dont il relève, afin de mettre en lumière, selon le cas, les conflits qui devraient être évités (grâce à une organisation du travail adéquate) ou les intérêts qui devraient être abandonnés. Une attention particulière devrait en particulier être portée aux actions détenues dans des entreprises en lien avec les fonctions publiques à exercer ainsi qu'aux avantages divers ou aux plans d'épargne maintenus, voire abondés, par de telles entreprises, au-delà de la cessation de la relation de travail.

Cette déclaration serait remplie à l'occasion de la prise de fonctions et devrait faire l'objet d'une mise à jour annuelle obligatoire, ainsi qu'à chaque changement de nature à affecter significativement les intérêts de la personne en relation avec les fonctions qu'elle exerce (héritage, changement d'activité professionnelle du conjoint...).

Quant aux modalités de publicité, la Commission est d'avis que **seules les déclarations des membres du Gouvernement, compte tenu de la nature de leurs fonctions, devraient être rendues publiques**, à l'exception toutefois des mentions nominatives relatives aux proches, qui n'apparaîtraient que dans une catégorie « Intérêts des proches » non nominative, afin de préserver leur vie privée. La publicité de la déclaration d'intérêts des membres du Gouvernement placerait ceux-ci dans la même situation que les membres de la Commission européenne, les ministres du Canada, du Royaume-Uni ou d'Australie.

Pour les autres catégories de personnes concernées, la Commission estime que les règles de publicité actuellement applicables aux déclarations d'intérêts en matière de santé publique ne doivent pas être remises en cause mais qu'en revanche les déclarations souscrites en-dehors de ce domaine ne doivent pas être rendues publiques. Si l'exigence de prévention des conflits d'intérêts implique que l'autorité dont les déclarants relèvent connaisse les intérêts déclarés, 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. Dès lors qu'elles mettent en cause la protection de la vie privée, ces déclarations seraient par ailleurs exclues du droit d'accès aux documents administratifs prévu par la loi du 17 juillet 1978, en vertu du II de son article 6. Elles devraient être conservées pendant une durée de dix ans à compter de la fin des fonctions, ce qui permettrait à la personne intéressée, à sa hiérarchie ou à l'Autorité de déontologie de s'y référer, si l'impartialité du responsable public était mise en cause. A l'expiration de ce délai, les déclarations seraient détruites. L'autorité hiérarchique et, pour les membres du Gouvernement et les collaborateurs de cabinet, l'Autorité de déontologie seraient chargées de la conservation de ces déclarations durant cette période. L'accès aux déclarations d'intérêts ainsi conservées, notamment celles des membres du Gouvernement ayant cessé leurs fonctions, devrait être subordonné à l'accord de l'Autorité de déontologie, afin d'en garantir la totale confidentialité.

Le contrôle de la véracité des déclarations serait, dans l'esprit de la Commission, un contrôle de cohérence, sans que l'autorité hiérarchique ou déontologique dispose de pouvoirs d'investigation particuliers. Compte tenu de la finalité du dispositif, le principe de confiance doit, en la matière, prévaloir. En revanche, l'absence de déclaration, l'insuffisance ou l'omission grave devrait conduire, le cas échéant et

après mise en demeure adressée soit par l'autorité hiérarchique, soit, en l'absence d'une telle autorité, par l'Autorité de déontologie, à des sanctions disciplinaires (pour les agents publics) et à une sanction pénale d'amende, le cas échéant complétée d'une peine complémentaire d'interdiction d'exercice d'une fonction publique pendant une durée déterminée ou, pour les membres du Gouvernement, d'inéligibilité, selon les règles fixées par les articles 131-26 et 131-27 du code pénal.

1.3. Instaurer un dispositif de mandat de gestion sans droit de regard pour certains intérêts financiers des acteurs publics les plus exposés

Afin de protéger les membres du Gouvernement et leurs collaborateurs directs (directeur et directeur adjoint de cabinet) de tout soupçon de conflit d'intérêts en matière économique, la Commission considère que les éléments de leur patrimoine financier qui sont susceptibles d'interférer avec l'exercice de leurs fonctions (ce qui exclut les placements indifférenciés ou par nature gérés par des tiers, tels que les SICAV) doivent, à défaut d'être liquidés, être confiés par un mandat de gestion à un tiers, sans droit de regard, pendant toute la durée de leurs fonctions publiques, à l'image du dispositif canadien. Cette forme de fiducie devrait être assortie de l'obligation, pour le gestionnaire, de ne pas investir une part substantielle des sommes en numéraire dans des valeurs en relation avec les fonctions exercées, ainsi qu'il est prévu en Australie. Ces deux obligations devraient être prévues par la loi. Toute immixtion de l'intéressé dans la gestion de ce patrimoine devrait être pénalement sanctionnée. Si un ministre constate qu'un de ses placements est susceptible de donner lieu à un risque de conflit d'intérêts, il devrait soit y renoncer, soit en informer immédiatement le Premier ministre et liquider cet investissement, si celui-ci en fait la demande.

Parallèlement, et à titre de règle de « bonne conduite », les membres du Gouvernement et leurs collaborateurs directs devraient dissuader les membres de leur famille de détenir, pour des montants substantiels, des placements dans des entreprises relevant du secteur dont ils ont la charge.

La Commission estime en revanche que, pour la généralité des agents publics, il serait tout à fait excessif de revenir sur la règle posée à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 selon laquelle ces derniers gèrent leur patrimoine librement. S'agissant toutefois des fonctions les plus exposées, la mise en place d'un mécanisme de fiducie sans droit de regard analogue à celui recommandé pour les ministres et leurs collaborateurs directs serait justifiée. Il en va ainsi, en particulier, des décideurs publics exerçant les plus hautes fonctions dans le domaine économique. Le mécanisme existant pour les membres de l'Autorité des marchés financiers, prévu à l'article 111-6 de son règlement général, pourrait servir de source d'inspiration.

II. ADAPTER LES REGIMES PROHIBITIFS ET REPRESSIFS APPLICABLES AUX CONFLITS D'INTERETS DANS L'EXERCICE DES FONCTIONS

Si la France doit avant tout s'efforcer de renforcer le volet préventif de sa politique de gestion des conflits d'intérêts, elle ne peut faire l'économie d'une réflexion sur le bien-fondé des dispositifs d'interdiction existants.

2.1 Harmoniser le dispositif pénal

La Commission estime que le délit de prise illégale d'intérêts figurant à l'article 432-12 du code pénal est essentiel et doit impérativement être maintenu dans son principe. Certes, par sa grande sévérité, il distingue la France de la plupart des autres pays de l'OCDE. Mais il témoigne d'une volonté forte de notre pays de lutter contre les conflits d'intérêts et, bien qu'il soit mal connu, il contribue assurément à une discipline de la vie publique. Un assouplissement, en particulier par l'ajout d'une condition de dol spécial comme en Italie, ferait courir le risque de légaliser des pratiques dommageables à l'action publique et de décrédibiliser la sanction. A l'inverse, son renforcement n'apparaît pas nécessaire : de fait, les sanctions prononcées sont loin d'atteindre le plafond fixé par la loi.

En revanche, la commission considère qu'il est nécessaire de mieux articuler ce dispositif avec l'ensemble des mesures préventives existantes ou à créer, afin d'éviter qu'en respectant les obligations déontologiques que lui impose la loi ou que lui prescrit un code de conduite, le responsable public ne se rende en réalité coupable d'un délit de prise illégale d'intérêts. Or, comme on l'a vu précédemment, coexistent en droit positif deux formules, selon qu'on sanctionne tout intérêt, ce qui est le cas du code pénal et du code général des collectivités territoriales, ou un intérêt de nature à compromettre l'indépendance (ou l'impartialité) de l'agent. Il est paradoxal que les éléments constitutifs du délit soient conçus, au moins formellement, en des termes plus larges que l'obligation figurant au 3° du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 pour les fonctionnaires, que les règles figurant dans plusieurs législations spécialisées notamment en matière de santé ou, plus généralement, que le principe d'impartialité appliqué par le juge administratif. S'il n'est pas certain que la discordance terminologique se traduise par une différence marquée sur le fond, l'objet commun de ces dispositions étant de réprimer la détention d'intérêts susceptible d'altérer l'impartialité et l'indépendance des personnes concourant à l'exercice des fonctions publiques, il paraît difficile de s'accommoder d'une telle insécurité juridique.

Dans ces conditions, la Commission estime qu'il y a lieu **d'harmoniser l'ensemble des textes applicables en la matière**, y compris les dispositions qui sanctionnent de nullité ou d'illégalité les délibérations auxquelles ont pris part des personnes ayant un intérêt à l'affaire, et de ne prévoir de sanction qu'en présence d'un **intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité** de la personne. En amont de ce dispositif, ainsi qu'il a été dit, les agents auraient l'obligation d'éviter les situations dans lesquelles un intérêt qu'ils détiennent pourrait influer ou paraître influer sur l'exercice impartial de leurs fonctions. L'articulation entre les volets préventif et répressif serait ainsi mieux assurée.

A cet égard, la Commission a pris connaissance de la « proposition de loi visant à clarifier le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts » adoptée par le Sénat le 24 juin 2010, ainsi que de la rédaction de la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit à l'issue de sa première lecture par les deux assemblées, qui tend à substituer à la notion d'« intérêt quelconque » celle d' « intérêt personnel distinct de l'intérêt général » à l'article 432-12 du code pénal. Il lui a cependant semblé qu'une telle modification ne permettait pas une totale harmonisation avec les interdictions « préventives » (telles que celle figurant dans le statut général des fonctionnaires), contrairement à ce qu'autorise la mention « intérêt

de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité de la personne ». Les modifications envisagées par le Parlement et celles proposées par la Commission ne sont toutefois pas exclusives l'une de l'autre, mais plutôt complémentaires.

2.2. Compléter les incompatibilités relatives aux membres du Gouvernement

La Commission s'est interrogée sur l'opportunité d'instituer des incompatibilités supplémentaires et d'aller ainsi au-delà du régime relativement strict résultant de l'article 23 de la Constitution (interdiction d'exercice d'activités professionnelles), des déclarations d'intérêts et des obligations résultant du code de conduite des membres du Gouvernement qu'elle appelle de ses vœux.

Un tel renforcement du régime d'incompatibilité ne contribuerait qu'assez modestement à la prévention des conflits d'intérêts, au moins des conflits les plus problématiques, et imposerait en contrepartie des contraintes relativement fortes pour les intéressés. Pour autant, la Commission estime que, compte tenu du devoir d'exemplarité qui doit animer les membres du Gouvernement, des attentes et exigences très fortes des citoyens à leur égard, et dans le souci de ne pas les exposer inutilement à la polémique, il serait opportun de procéder à un tel renforcement, dans deux directions.

D'une part, les membres du Gouvernement ne devraient pas exercer des **fonctions de direction ou d'administration au sein d'associations, de syndicats, de fondations ou de toute autre personne morale, y compris dans des partis politiques**. Il leur serait naturellement loisible d'être membres de tels organismes : interdire tout engagement associatif constituerait une atteinte disproportionnée à la liberté d'association au regard de l'intérêt – limité - qu'une telle proscription présenterait pour la prévention des conflits d'intérêts. Il convient de rappeler que les membres de la Commission européenne peuvent seulement – et moyennant déclaration – exercer des « fonctions honorifiques » (c'est-à-dire dépourvues de pouvoir décisionnel) et non rémunérées dans des établissements d'enseignement, des fondations ou organismes analogues dans les domaines politique, culturel, artistique ou caritatif.

D'autre part, la Commission considère que, bien qu'il ne soulève pas des difficultés de même nature que les conflits d'intérêts public-privé que traite principalement le présent rapport, le cumul d'intérêts publics par les membres du Gouvernement devrait être plus étroitement encadré, eu égard à la nature particulière de leurs fonctions : celles-ci ne doivent pas pâtir des charges liées à l'exercice d'un autre mandat et les moyens et ressources qu'elles procurent ne doivent pas indûment bénéficier à ce mandat. En particulier, la fonction de membre du Gouvernement devrait être incompatible avec la détention d'un **mandat exécutif local** (maire, président du conseil général, président du conseil régional, adjoint au maire et vice-président de conseil général ou régional, président et vice-président d'établissement public de coopération entre collectivités territoriales...) et, par voie de conséquence, avec toute fonction de direction dans un établissement public local. Cette incompatibilité serait limitée aux seuls mandats exécutifs. Il est en effet apparu excessif à la Commission d'obliger les membres du Gouvernement à abandonner tout mandat local, notamment celui de conseiller municipal, ce qui aurait pour effet de les

empêcher de retrouver, le cas échéant, leur mandat exécutif à l'expiration de leurs fonctions ministérielles.

Il ne s'agit certes pas là de prévenir un conflit avéré entre l'intérêt de la personne et l'exercice de ses missions gouvernementales, ni de nier l'évidente contribution qu'un ministre ou un secrétaire d'Etat peut apporter à l'exercice des compétences d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public de coopération intercommunale. Mais force est de reconnaître que des intérêts locaux trop marqués peuvent influencer ou paraître influencer la manière dont les membres du Gouvernement s'acquittent de leurs obligations, notamment sur des décisions structurantes en matière d'implantation d'activités économiques, d'équipements publics et d'aménagement du territoire. La commission est naturellement consciente qu'une telle incompatibilité ne permet pas de régler cette situation dans son ensemble ; mais, ainsi qu'il a été dit, les apparences comptent en matière de conflits d'intérêts.

Dans l'immédiat, ces limitations pourraient être incluses dans le code de conduite des membres du Gouvernement. A terme, elles ont vocation à figurer dans une loi organique à laquelle renverrait l'article 23 de la Constitution – ce qui suppose une révision constitutionnelle préalable.

2.3. Harmoniser les incompatibilités des agents publics et des collaborateurs du service public et les étendre à d'autres catégories d'acteurs publics

L'incompatibilité, qui est une formule particulièrement contraignante, ne s'impose pour ces acteurs publics que lorsque le cumul de fonctions expose les intéressés à défendre des intérêts intrinsèquement contradictoires ou lorsque la détention d'un intérêt est par nature incompatible avec l'exercice des fonctions publiques. A cette aune, la Commission n'a pas estimé nécessaire de renforcer les règles de cumul d'activités et d'intérêts applicables aux agents publics, qui lui paraissent, dans l'ensemble, donner satisfaction.

Elle considère en revanche que ces règles, en particulier celles prévues à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, doivent être rendues expressément applicables à deux catégories d'acteurs publics, dont le statut est aujourd'hui imprécis mais à l'égard desquels les attentes de l'opinion publique sont fortes :

- D'une part, les collaborateurs de cabinets, tant au niveau national que local ;

- D'autre part, les titulaires d'emplois supérieurs à la décision du Gouvernement mentionnés par l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 (titre II du statut général), et précisés par le décret n° 85-779 du 24 juillet 1985 et la jurisprudence[137].

Il convient également de veiller à renforcer la prévention des conflits d'intérêts au sein des **autorités administratives indépendantes**. Ainsi que l'indiquent les considérations générales du rapport annuel du Conseil d'Etat pour 2001 consacré à

[137] On y trouve notamment les préfets, les ambassadeurs, les directeurs d'administration centrale, les dirigeants des établissements publics de l'Etat (sauf lorsque les textes applicables encadrent la durée de leurs fonctions).

ces autorités, « *c'est à la vérité le statut personnel des membres du collège qui est la clé de voûte de l'indépendance de l'autorité* »[138]. Comme le propose le récent rapport de l'Assemblée nationale sur les autorités administratives indépendantes[139], il est souhaitable d'harmoniser les régimes d'incompatibilité des autorités administratives indépendantes – à tout le moins celles qui exercent des missions de régulation économique, sous réserve des spécificités propres à chacune d'elles. Au-delà, et par analogie avec les démarches engagées dans le domaine sanitaire, la Commission estime que les textes devraient affirmer clairement que les experts et l'ensemble des personnes amenées à apporter leur concours aux travaux de ces autorités ne doivent pas, pour ce faire, avoir un intérêt de nature à compromettre l'indépendance, l'impartialité et l'objectivité de leur jugement.

Enfin, certains « angles morts » de la législation électorale devraient être comblés. A titre d'exemple, on doit s'interroger sur la possibilité pour les directeurs généraux des services des établissements publics de coopération intercommunale (et leurs adjoints) d'être en même temps conseillers municipaux dans des communes membres de l'établissement. Une modification de l'article L. 231 du code électoral pour instaurer une inéligibilité supplémentaire paraît s'imposer.

2.4. Edicter des incompatibilités entre les fonctions dirigeantes d'entreprises publiques et d'entreprises privées

La Commission estime, de manière générale, que le statut public d'un établissement ou la présence majoritaire, directe ou indirecte, de l'Etat ou d'autres personnes publiques dans le capital d'entreprises justifient qu'une attention accrue soit portée à la prévention des conflits d'intérêts dans ces structures. S'agissant en particulier des entreprises publiques, elle considère que, dans cette matière, un devoir d'exemplarité doit les animer, comme l'indiquent les *Lignes directrices* de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques de 2005.

Il convient en premier lieu **d'expliciter**, dans les textes régissant les catégories d'établissements publics et, s'agissant des entreprises publiques, dans la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public et le décret du 12 juillet 1994, **les règles et obligations générales de prévention des conflits d'intérêts mentionnées** ci-dessus. Les membres du conseil d'administration de ces organismes, y compris le président, devraient veiller à ne pas se placer en situation de conflit d'intérêts et à s'abstenir, le cas échéant, de prendre toute décision ou position sur les intérêts publics litigieux. Les mêmes règles devraient s'appliquer au directeur général de l'établissement, s'il est distinct du président du conseil d'administration. Ainsi que le préconise l'OCDE, « tous les conflits d'intérêts potentiels concernant des membres du conseil d'administration doivent être déclarés au conseil qui doit ensuite les révéler en précisant la façon dont ils ont été réglés ». Chaque établissement public et entreprise publique dont le budget ou le chiffre d'affaires est de l'ordre de 40 millions d'euros ou plus devrait aussi élaborer un code de déontologie.

En deuxième lieu, un encadrement plus étroit des mandats sociaux détenus par les dirigeants d'entreprises publiques est aujourd'hui nécessaire. La Commission rejoint

[138] Rapport annuel, Etudes et documents n°52.
[139] Rapport d'information n°2925, octobre 2010.

la position de la commission des lois du Sénat, examinant la proposition de loi n° 8 déposée le 6 octobre 2009[140], selon laquelle l'interdiction pure et simple du cumul de fonctions d'administrateur dans les secteurs public et privé serait excessive et pourrait nuire à la qualité de la gouvernance des entreprises publiques. En revanche, elle estime que le dispositif prévu par cette proposition de loi, qui consiste à subordonner la détention de mandats sociaux dans des entreprises privées par le dirigeant d'une entreprise publique à l'avis préalable de la commission de déontologie, crée un espace d'incertitude et ne se justifie pas nécessairement pour des mandats d'administrateurs.

Elle estime préférable **d'exclure purement et simplement la possibilité pour le président du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance d'une entreprise publique d'exercer une fonction identique, même non exécutive, au sein d'une entreprise privée**. Cette interdiction n'inclurait pas les fondations d'entreprises.

III. Adapter les règles applicables au passage entre le public et le privé

La mobilité des acteurs publics entre les secteurs public et privé, dans les deux sens, est aujourd'hui une réalité, dont il convient de prendre acte. Les règles de passage de l'un à l'autre doivent être proportionnées à ce qui est nécessaire pour prévenir les conflits d'intérêts. S'agissant du passage du secteur privé vers le secteur public, l'ensemble des règles applicables aux agents publics ont vocation à s'appliquer, moyennant une sensibilisation particulière des intéressés.

3.1. Soumettre les membres du Gouvernement aux mêmes restrictions que les autres agents publics et les faire entrer dans le champ de l'article 432-13 du code pénal

Il est paradoxal, compte tenu de leurs missions et des pouvoirs dont ils disposent, que les membres du Gouvernement puissent, à l'issue de leurs fonctions, librement exercer une activité dans une entreprise privée dont ils ont eu à connaître, alors que les agents publics placés sous leur autorité se le voient interdire. Au contraire, l'exigence d'exemplarité qui s'impose aux ministres conduit naturellement à ne pas admettre un projet de reconversion qui mettrait en doute rétrospectivement la manière dont ils se sont acquittés de leurs fonctions, et qui pourrait fournir à leur nouvel employeur des avantages indus, dépassant les seules compétences que ces responsables leur apportent.

La Commission considère par suite qu'il est nécessaire d'appliquer aux membres du Gouvernement les règles restrictives résultant, pour les « fonctionnaires et agents des administrations publiques », de l'article 432-13 du code pénal. Ce faisant, elle est consciente de ce que le régime actuel des ministres français, sensiblement plus souple que celui de leurs homologues étrangers (cf. deuxième partie), deviendrait ainsi plus sévère. Elle estime toutefois cette restriction nécessaire au regard des intérêts publics

[140] Proposition de loi tendant à interdire ou à réglementer le cumul des fonctions et des rémunérations de dirigeant d'une entreprise du secteur public et d'une entreprise du secteur privé.

en cause, de l'impératif de cohérence de notre législation et du devoir d'exemplarité qui s'attache aux titulaires des plus hautes fonctions. Il conviendrait également de confirmer expressément dans la loi que ces dispositions s'appliquent aussi à l'ensemble des collaborateurs de cabinet quel que soit leur statut.

3.2. Instaurer, pour les mouvements vers le secteur privé, un régime d'autorisation préalable délivrée par une autorité indépendante et pénalement sanctionnée

La Commission estime que, s'il a marqué un réel progrès dans le contrôle du « pantouflage », le mécanisme consultatif mis en place en 1993 sous l'égide de la Commission de déontologie et réformé en 2007 puis 2009 ne fonctionne pas de manière pleinement satisfaisante. Ce dispositif qui est exposé à un double courant de critiques contradictoires pour sa souplesse ou sa sévérité excessive (cf. deuxième partie, 1.2.2.), ne peut porter ses fruits que s'il tranche clairement la question de la possibilité de passer du secteur public au secteur privé, alors qu'il repose sur la superposition d'un contrôle administratif *a priori* et de la possible intervention *a posteriori* du juge pénal, ce qui engendre inévitablement des incertitudes. En outre, les sanctions pénales figurant aux articles 432-13 et 432-17 du code pénal, qui consistent en des peines d'emprisonnement, d'amendes ainsi que des peines complémentaires d'inéligibilité et d'interdiction d'exercice d'une fonction publique, sont très rarement infligées et peu effectives.

La Commission propose donc de substituer à ce « filtre pré-pénal » un mécanisme d'**autorisation préalable**, fondé sur un examen *in concreto* des activités exercées par les acteurs publics concernés, et non plus sur un raisonnement abstrait et « organique ». L'exercice d'une activité privée sans autorisation ou le non-respect des termes de cette autorisation serait pénalement sanctionné. Dans les cas les plus graves, la sanction pénale pourrait inclure l'interdiction d'exercice d'une activité publique, faisant ainsi obstacle à un retour du secteur privé vers le secteur public.

Un système analogue avait été envisagé en 2006 lors de la présentation du projet de loi de modernisation de la fonction publique. Il envisageait de pouvoir écarter l'application de l'article 432-13 lorsque la commission de déontologie avait rendu un avis de compatibilité. Ce dispositif n'a finalement pas été adopté par le Parlement. Mais le contexte, marqué à l'époque par l'absence d'un dispositif préventif global, devrait changer si les propositions de la Commission étaient suivies d'effet. La sensibilité de l'opinion publique s'est accrue, comme le besoin des agents publics de bénéficier d'un régime juridiquement sûr et équilibré. En outre, une telle refonte s'inscrirait cette fois dans une réforme d'ensemble de notre droit des conflits d'intérêts. Elle maintiendrait la législation de notre pays à un niveau d'exigence sensiblement supérieure à celle de la plupart des Etats de l'OCDE ou du Conseil de l'Europe.

Si le dispositif proposé à titre principal n'était pas retenu, la Commission proposerait à tout le moins de modifier l'article 432-13 du code pénal pour substituer à la conception abstraite de la surveillance ou du contrôle d'une entreprise du secteur concurrentiel une conception concrète et effective de ces notions.

La Commission considère en tout état de cause qu'une des conditions de réussite de cette modification de la législation, dans l'une ou l'autre de ses branches, tient à la

transparence des fonctions réellement exercées par les acteurs publics. C'est l'une des principales limites relevées par la commission de déontologie elle-même à sa propre action. Cette appréciation vaut tout particulièrement pour les collaborateurs des cabinets ministériels. Les cabinets doivent donc, comme l'ensemble des autorités administratives, se doter de fiches de postes et d'organigrammes précis et accessibles au public. Les collaborateurs de cabinet dont les fonctions impliquent *a priori* le contrôle ou la surveillance d'entreprises déterminées mais qui souhaitent se réserver la possibilité d'exercer ultérieurement leur activité à l'issue de leurs fonctions dans de telles entreprises doivent déclarer suffisamment en amont qu'ils s'abstiennent de traiter des affaires concernant celles-ci. A défaut, ils pourront être réputés avoir exercé la surveillance de ces entreprises et se voir ainsi interdire d'y occuper un emploi pendant la durée prévue par l'article 432-13 du code pénal. Dans tous les cas, c'est à l'agent d'apporter la preuve, en présence de présomptions contraires, qu'il n'a pas entretenu de relations professionnelles avec la société qu'il souhaite rejoindre. Il est aussi de la responsabilité de l'administration, dans l'intérêt de l'agent comme du fonctionnement du service, de veiller à cette exigence. Si l'architecture institutionnelle proposée par la Commission est retenue (cf. *infra*), l'Autorité chargée de délivrer les autorisations pourra s'appuyer sur le réseau de déontologues administratifs.

3.3. Maintenir, à ce stade, le délai de viduité de trois ans

La loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007 a réduit de cinq à trois ans le délai pendant lequel un fonctionnaire ayant cessé notamment des fonctions de contrôle ou de surveillance, ne peut exercer une activité ou prendre directement ou indirectement des participations dans une entreprise privée visée par son activité dans la fonction publique. Ce délai de cinq ans est apparu excessif, notamment au vu des dispositions en vigueur dans les autres pays de l'OCDE, qui fixent généralement un délai d'un ou deux ans. Le projet de loi initial prévoyait de ramener ce délai à deux ans mais l'Assemblée nationale a préféré retenir un délai de trois ans.

La Commission a en revanche considéré que la réduction du délai de viduité à deux ans (voire à un an) ne constituait pas une priorité dans le cadre de la modification qu'elle propose : il importe avant tout d'améliorer et de fiabiliser le dispositif de contrôle, en vigueur, lorsqu'un acteur public souhaite rejoindre le secteur privé ou concurrentiel.

IV. RENFORCER LES REGLES ET PROCEDURES GARANTISSANT LA DEONTOLOGIE DES RESPONSABLES ET AGENTS PUBLICS

4.1. Réglementer la question des « cadeaux », libéralités et invitations

La Commission propose que soit inscrite **dans la loi** une règle interdisant les cadeaux, libéralités et invitations aux acteurs publics, à l'exception de l'hospitalité « conventionnelle » et des cadeaux mineurs, d'une valeur inférieure à un seuil fixé par décret, qui pourrait être fixé à 150 euros, comme c'est le cas pour les

commissaires européens. Seraient ainsi exclus de ce régime d'interdiction les cadeaux de politesse et de souvenir échangés à l'occasion d'une réunion officielle ou de contacts protocolaires, nécessités par les besoins du service. S'agissant des visites de travail, leur financement par des tiers exposant à un risque de dépendance, il convient qu'elles soient financées sur des crédits publics. Il ne peut en aller autrement que dans des cas exceptionnels et sur autorisation de l'autorité hiérarchique

Lorsque la valeur d'un cadeau dépasse le seuil fixé par voie réglementaire, la personne qui, en raison d'obligation protocolaire, ne peut le décliner, devrait en faire la déclaration à l'autorité hiérarchique. Hors le cas où le cadeau pourrait demeurer au sein du service, il devrait faire l'objet d'une remise à France Domaine ou à la collectivité dont relève l'acteur public. Il ne doit donc pas pouvoir faire l'objet d'une appropriation personnelle. Il appartiendra au Gouvernement et à chaque administration ou institution concernée de s'assurer du respect de ces règles, qui doivent être précisées dans les codes de déontologie ainsi que des supports d'information pratique. Le déontologue de l'organisation concernée, par sa connaissance des particularités propres à celle-ci et des fonctions respectives des agents, doit être en mesure d'interpréter les notions d'hospitalité conventionnelle et de cadeau mineur, en établissant des cas pratiques ou des listes d'exemples pour aider les agents concernés.

4.2. Clarifier les relations officielles des institutions et acteurs publics avec des intérêts privés

4.2.1. La représentation d'intérêts

La Commission propose d'inclure, dans les codes de conduite et chartes de déontologie dont elle préconise l'adoption (*cf. Introduction de la troisième partie*), des recommandations de bonnes pratiques à l'adresse des responsables publics, dans leurs relations avec les représentants d'intérêts, afin de prévenir la naissance de conflits d'intérêts à cette occasion.

Au-delà, la Commission s'est interrogée sur l'opportunité de prévoir des mesures portant sur les représentants d'intérêts. Elle estime que, sans édicter de règles contraignantes, les administrations devraient être encouragées à mettre en place des registres facultatifs de représentants d'intérêts, en s'inspirant de l'expérience de la Commission européenne et des assemblées parlementaires françaises.

4.2.2. Parrainage, sponsoring et financement de l'action publique

Les mécanismes de prévention des conflits d'intérêts au niveau individuel ne permettent pas d'obvier à l'ensemble des risques susceptibles de naître du parrainage. Toutefois, consciente de l'intérêt que présente ce dispositif pour l'organisation d'actions concourant à l'intérêt général, et aussi de son importance dans certains secteurs d'activité, la Commission estime préférable de ne pas encadrer de manière contraignante ces pratiques. En revanche, elle recommande l'édiction d'une « charte du parrainage » (définie et précisée par secteurs d'activité) applicable en-dehors de la sphère culturelle et sportive (qui relève d'une logique propre). Cette

charte qui pourrait être adaptée par grand secteur d'activité pourrait notamment prévoir les mesures suivantes :

- *Poser des principes directeurs* : du point de vue des autorités publiques, le parrainage doit être exclusivement guidé par la poursuite de l'intérêt général sous-jacent à l'évènement « sponsorisé » ; il ne doit pas, par ses modalités, susciter un doute quant à l'impartialité de l'action administrative et ne doit avoir aucune incidence sur les relations ultérieures entre la puissance publique et le « parrain ».

- *Garantir une traçabilité des actions de parrainage* : les soutiens de cette nature devraient faire l'objet d'un recensement exhaustif.

- *Prévenir une dépendance excessive des autorités publiques à l'égard de la sphère privée* :

    - Dans le choix du parrain : les autorités publiques devraient s'abstenir de solliciter ou d'accepter des parrainages (ou mécénats) dont la nature et le montant en valeur absolue ou en valeur relative (par rapport au budget de l'évènement et par rapport au budget de l'opérateur privé) seraient de nature à compromettre leur indépendance ou à jeter un doute sur leur impartialité. En outre, les autorités publiques devraient veiller à éviter le soutien récurrent par un même « parrain » et privilégier des parrainages ponctuels, multiples et/ou « tournants » : à cette fin, elles pourraient être encouragées à solliciter alternativement l'ensemble des entreprises d'un même secteur pour soutenir une manifestation annuelle donnée, et à s'abstenir de conclure des conventions de parrainage de longue durée. De manière générale, la diversification des sources de financement est encouragée. Par ailleurs, dans la mesure du possible, le « sponsor » pourrait être recherché, de préférence, dans un secteur qui n'entretient pas de lien direct (ou de lien contrôleur – contrôlé) avec l'initiative publique en cause.

    - Dans les modalités de son association à l'initiative publique : si l'objectif même du sponsoring consiste à valoriser l'image de marque de la personne privée qui parraine l'évènement, une certaine mesure devrait être observée. A titre d'exemple, le logotype du sponsor devrait rester relativement discret et ne pas être porté par les agents publics eux-mêmes. Par ailleurs, la responsabilité éditoriale des productions devrait incomber uniquement à l'autorité publique.

- *Prévenir l'apparition d'un conflit d'intérêts individuel à l'occasion du parrainage* : il convient d'éviter que les dirigeants de l'organisme privé qui parraine une initiative publique soient liés aux personnes qui en sont responsables, en particulier par des liens d'affaires, familiaux ou d'intimité. Alternativement, un responsable public lié à l'un des opérateurs d'un secteur dans lequel l'administration prospecte à des fins de parrainage devrait s'abstenir de participer à la recherche, à la sélection et aux négociations correspondantes.

41

Au-delà de la question du parrainage, la Commission estime qu'une réflexion devrait être engagée sur la neutralité du financement des collectivités publiques et, en particulier, des instances en charge de missions de police, de contrôle ou de régulation, qu'il s'agisse d'autorités administratives indépendantes ou d'établissements publics. Il convient en effet de garantir que les ressources dont elles disposent ne les placent pas en situation de dépendance à l'égard des opérateurs qu'elles contrôlent, ni n'influent sur la manière dont elles s'acquittent de leurs missions. Le financement par le biais de taxes affectées, prélevées sur les opérateurs, plutôt que par subventions budgétaires, n'est certes pas par lui-même critiquable, sous réserve que les éléments d'assiette soient eux-mêmes neutres. Ces prélèvements fiscaux sont en effet soumis à l'approbation du Parlement et ils peuvent être regardés, dans une certaine mesure, comme une garantie d'autonomie des autorités vis-à-vis du pouvoir exécutif. Pour prévenir tout risque de conflit d'intérêts « institutionnel » avec le secteur régulé, il serait toutefois souhaitable que ces taxes affectées ne constituent pas le mode de financement exclusif de ces autorités.

Il pourrait en outre être envisagé que les taxes affectées à chaque autorité abondent, dans le respect des règles budgétaires, un fonds commun dont les ressources seraient ensuite réparties entre elles. Un mécanisme de ce type présenterait l'intérêt de déconnecter complètement le financement des autorités chargées de missions de police, de contrôle et de régulation, et la contribution des opérateurs relevant de leur champ de compétence, et limiterait de surcroît les risques liés à la volatilité des ressources de chaque autorité, inhérente au mécanisme d'affectation fiscale.

4.3. Renforcer le contrôle du patrimoine dans le cadre des activités de l'actuelle Commission pour la transparence financière de la vie politique

Au-delà de la stricte prévention des conflits d'intérêts, les obligations de probité et de désintéressement qui doivent présider à la déontologie des plus hauts responsables publics justifient un contrôle sérieux de leur patrimoine. La Commission pour la transparence financière de la vie politique s'y consacre dans le cadre de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 et selon les modalités rappelées précédemment.

L'efficacité de son action est toutefois obérée par un certain nombre d'obstacles que la CTFVP a proposé de lever dans ses 14 rapports successifs, sans que ces préconisations aient à ce jour trouvé une traduction législative. La Commission estime qu'il lui appartient, dans le cadre fixé par la lettre de mission, d'appuyer ces préconisations, qui contribuent au renforcement de l'éthique de la vie publique et à la préservation d'un climat de confiance entre les gouvernants et les citoyens. Elle note d'ailleurs que le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) rattaché au Conseil de l'Europe a plaidé en ce sens dans son rapport d'évaluation de février 2009 sur la France.

Il convient, en premier lieu, d'accroître les moyens dont dispose la CTFVP, qui sont notoirement insuffisants.

Il apparaît en outre nécessaire de mieux cibler l'obligation de déclaration de patrimoine en ce qui concerne les dirigeants d'organismes publics, les règles actuelles conduisant à une dispersion des contrôles et à des obligations déclaratives pesant sur

42

Il importe, en troisième lieu, d'améliorer l'information de la CTFVP, notamment par la déclaration des revenus des intéressés perçus en cours de mandat et la mise à sa disposition des déclarations faites au titre de l'impôt sur le revenu et de l'impôt de solidarité sur la fortune. Ces informations devraient pouvoir être accessibles directement auprès de l'administration fiscale dans le cadre d'un droit de communication. Par ailleurs, la situation patrimoniale des proches devrait pouvoir être examinée dans des situations litigieuses.

En quatrième lieu, la CTFVP devrait pouvoir demander communication, dans les cas litigieux, de la situation patrimoniale du conjoint séparé de biens, du partenaire ou du concubin ainsi que des enfants mineurs.

En dernier lieu et surtout, des sanctions pénales, de nature délictuelle, devraient être instituées lorsque les assujettis omettent de déclarer une part substantielle de leur patrimoine ou fournissent une évaluation mensongère de celui-ci. Ces sanctions devraient inclure, outre une peine d'amende, l'inéligibilité et l'interdiction d'exercer une fonction publique à titre de peine complémentaire, conformément aux articles 131-26 et 131-27 du code pénal.

4.4. Mettre en place des mécanismes d'alerte afin de prévenir des infractions pénales

La France ne connaît pas véritablement de dispositif généralisé de « mécanisme d'alerte » interne à l'administration, à l'exception de celui prévu par l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale aux termes duquel « *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 tenue 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* ». Ce signalement peut être le fait aussi bien de l'agent qui acquiert la connaissance d'un délit que de sa hiérarchie, si elle en est informée[141].

Le recours à cette disposition est cependant limité[142], l'absence de signalement au procureur n'étant d'ailleurs assortie d'aucune sanction, notamment pénale[143], même si l'abstention de l'agent peut engager sa responsabilité et aboutir à son inculpation pour complicité ainsi qu'à une sanction disciplinaire dans certaines hypothèses. En revanche, le fait de transmettre des éléments, sans en référer à son supérieur hiérarchique, ne peut justifier une sanction de l'agent[144].

---

[141] Cass. crim., 14 décembre 2000.

[142] Rapport annuel du service central de prévention de la corruption, 2008 : « *L'analyse de l'origine du signalement est particulièrement porteuse d'enseignement. On pourrait penser que les administrations et leurs corps de contrôle, au plus près de la matière, soient les principaux pourvoyeurs de l'autorité judiciaire. Cette attente paraissait légitime (...). Force est de constater que l'efficacité et la fluidité attendues ne sont pas au rendez –vous* ».

[143] Cass. crim., 13 octobre 1992.

[144] CE, 15 mars 1996, *Guigon*, n°146326.

En outre, certaines administrations ou institutions disposent de mécanismes internes propres. Le code des ports maritimes, par exemple, prévoit une intervention écrite du commissaire du gouvernement ou de l'autorité chargée du contrôle économique et financier, lorsque ces derniers estiment qu'un membre du conseil de surveillance ou du directoire d'un grand port maritime, établissement public, est susceptible de s'exposer à l'application de l'article 432-12 du code pénal. Le commissaire du gouvernement est également chargé d'informer le conseil de surveillance de ce qu'un candidat à l'élection du président et du vice-président du conseil, s'il venait à être élu, lui paraîtrait susceptible de s'exposer dans ses nouvelles fonctions à l'application des dispositions de l'article 432-12[145].

La Commission considère cependant que ces mécanismes ne sont pas suffisants, ni toujours adaptés à la prévention et à la gestion des infractions pénales impliquant des intérêts particuliers. Il est donc proposé de mettre en place des mécanismes d'alerte interne et de traitement des signalements lorsque des infractions sont supposées avoir été commises

Le principe serait qu'un acteur public, témoin d'actes illicites ou de risques sérieux d'infraction pénale dans le cadre de son activité professionnelle, puisse alerter les autorités ayant le pouvoir d'y mettre fin, tout en bénéficiant d'une protection à ce titre. Ce déclenchement d'alerte éthique correspond au mécanisme du *whistleblowing* en anglais – littéralement « donner un coup de sifflet » - traduit par « dispositif d'alerte professionnelle » par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)[146]. Il existe dans d'autres pays de l'OCDE[147], mais aussi au sein des institutions de l'Union européenne[148].

Les agents auraient donc la possibilité de déclencher cette alerte dès lors qu'ils constateraient qu'un conflit d'intérêts, potentiel ou avéré, est susceptible de soulever des difficultés pour l'institution qu'ils servent. Ils pourraient saisir soit leur autorité hiérarchique, soit le déontologue de l'organisation dont ils relèvent, sans préjudice, le cas échéant, du dispositif prévu par l'article 40 du code de procédure pénale.

Ce système doit cependant faire l'objet d'un encadrement particulier. Le déclencheur d'alerte doit être en situation de conflit de devoirs. C'est le cas par exemple de l'agent se trouvant dans un rapport de subordination de type hiérarchique envers une personne confrontée à un conflit d'intérêts. Les actes dénoncés doivent être suffisamment graves pour justifier la procédure. Enfin, le déclenchement d'une alerte par un agent ne pourrait pas donner lieu à des sanctions, dès lors que les accusations

---

[145] Article R.109-2 du code des ports maritimes.

[146] La CNIL a adopté le 10 novembre 2005, un document d'orientation destiné à encadrer les procédures d'alerte professionnelle et un régime d'autorisation unique le 8 décembre 2005 (article 25-I.4° de la loi du 6 janvier 1978).

[147] Etats-Unis, Royaume-Uni, Australie, Afrique du Sud, Nouvelle-Zélande, Canada, Israël, Roumanie.

[148] Article 22 bis du statut des fonctionnaires des Communautés européennes de mai 2004 : « *Le fonctionnaire qui, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, connaissance de faits qui peuvent laisser présumer une activité illégale éventuelle, notamment une fraude ou une corruption, préjudiciable aux intérêts des Communautés, ou une conduite en rapport avec l'exercice de ses fonctions pouvant constituer un grave manquement aux obligations des fonctionnaires des Communauté, en informe immédiatement son supérieur hiérarchique direct ou son directeur général ou encore, s'il juge utile, le secrétaire général ou toute personne de rang équivalent, ou directement l'Office européen de lutte antifraude (...) Le fonctionnaire qui a communiqué l'information (...) ne subit aucun préjudice de la part de l'institution, pour autant qu'il ait agit de bonne foi* ».

ne seraient pas mensongères et que l'agent aurait agi de bonne foi sans intention de nuire à son administration (à l'instar de ce qui existe pour les salariés du secteur privé, en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation[149] et de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption[150]).

La Commission propose donc qu'un dispositif de ce type soit explicitement prévu **par la loi** et rendu applicable pour l'ensemble des personnes concourant à l'exercice d'une mission de service public.

4.5. Garantir que les moyens procurés par les fonctions publiques ne soient pas affectés ou utilisés à des fins personnelles

Outre les conflits d'intérêts auxquels elle peut donner lieu, l'utilisation inadéquate des moyens publics mis à disposition d'une personne pour exercer la mission d'intérêt général qui lui est confiée constitue un enjeu déontologique majeur.

Le droit public financier comprend d'ores et déjà des dispositions visant à faire respecter la correcte utilisation des moyens publics et les magistrats financiers sont chargés, à l'occasion de leurs missions de contrôle, de veiller au respect des dispositions pénales, évoquées par ailleurs, comme des dispositions propres au code des juridictions financières.

La Cour de discipline budgétaire et financière, juridiction répressive, est compétente pour sa part pour sanctionner certaines infractions au droit public financier. Il s'agit notamment des articles L. 313-4, L. 313-6 et L. 313-7 du code des juridictions financières (non-respect des règles de protection des finances publiques[151], octroi d'un avantage injustifié et fautes de négligence). Dans le cas de l'article L. 313-6, l'octroi d'un avantage injustifié à soi-même n'est pas constitutif des infractions visées par cet article.

La Commission considère que le projet de loi portant réforme des juridictions financières, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale en octobre 2009 constitue une opportunité pour renforcer certains contrôles susceptibles de répondre aux exigences rappelées en matière d'utilisation des moyens des agents publics. En particulier, ce projet de loi devrait permettre, par le nouvel article L. 131-20 du code des juridictions financières qu'il comporte[152], de réprimer certains conflits d'intérêts se traduisant par l'octroi d'un avantage injustifié à soi-même ou à autrui et entraînant un préjudice pour le Trésor public ou l'organisme concerné.

---

[149] Cass. soc., 8 nov. 2006 ; Cass. soc., 14 mars 2000 ; Cass. soc., 12 juil. 2006.

[150] Art. L. 1161-1 du code de travail.

[151] CDBF, 8 févr. 1957, *Sté nationale des entreprises de presse, cinéma des Champs-Elysées : perception à son titre personnel de recettes destinées à une entreprise publique* ; CDBF, 27 nov. 1973, *Institut géographique national* : un agent de l'établissement avait fait fournir gratuitement des prestations par l'établissement à une société anonyme qu'il dirigeait ; CDBF, 25 janv. 1977, *Direction départementale des services vétérinaires de la Lozère* : le fait d'avoir fait supporter indirectement par le budget d'un département des dépenses qui incombaient à un agent.

[152] *« Art. L. 131-20. - Toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui ou à soi-même un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé sera passible d'une amende dont le maximum pourra atteindre le double du montant de la rémunération brute annuelle qui lui était allouée à la date de l'irrégularité la plus récente (...) ».*

Au-delà, la Commission estime que la question de l'utilisation des moyens publics à des fins personnelles a vocation à faire l'objet de prescriptions d'ordre comportemental, dans les codes de conduite et les chartes de déontologie dont l'élaboration est préconisée.

Si ces règles s'imposent à l'ensemble des agents de la fonction publique, il importe que l'exemple soit donné au plus haut niveau. Les obligations des membres du Gouvernement sont consignées jusqu'à présent dans un ensemble de circulaires signées par le Premier ministre qui fixent les règles et les principes applicables et, en dernier lieu, par les circulaires n°5224/SG du 18 mai 2007 relative aux dépenses susceptibles d'être prises en charge par l'État et celle du 2 juillet 2010 relative aux dépenses des membres du Gouvernement. Ces dispositions gagneraient à figurer dans le code de conduite des membres du Gouvernement : en particulier, celles qui sont relatives à l'utilisation des moyens de l'Etat et aux modalités de prise en charge des membres du Gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions publiques. Il convient en effet d'afficher les règles rigoureuses qui sont applicables au **logement** des membres du Gouvernement et à la fiscalité correspondante, à leurs moyens d'escorte et de transport, comme à l'ensemble des ressources financières et au personnel qui leur sont attribués pour l'exercice de leurs fonctions ministérielles. Le Premier ministre, le cas échéant avec l'aide du déontologue du Gouvernement, a vocation à veiller à la stricte application de ces prescriptions, qui conditionne fortement la confiance des citoyens dans les institutions de la République.

V. Batir une veritable architecture institutionnelle de la deontologie et de la prevention des conflits d'interets

La plupart des pays comparables à la France qui se sont engagés dans une démarche de prévention des conflits d'intérêts disposent, comme il a été dit, d'une organisation administrative adaptée à cette exigence. Il est donc proposé de réunir les différentes instances existantes au sein d'une seule autorité chargée du contrôle de la déontologie dans la vie publique, chaque institution, structure ou service administratif disposant en outre d'un déontologue au niveau « déconcentré ».

5.1. Une institution centrale, l'Autorité de déontologie, et un réseau de déontologues déconcentré

La mise en place de structures dédiées à la déontologie implique un juste équilibre entre cohérence et subsidiarité, ainsi qu'entre un contrôle de principe et une proximité gage de réactivité.

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. Cette autorité serait ainsi en mesure d'intervenir aussi bien au moment de la prise de fonctions publiques que pendant l'exercice de celles-ci ou après leur fin. En outre, une telle fusion répondrait aux exigences d'une gestion publique et d'une organisation administrative resserrées et efficaces.

Le travail de cette Autorité serait articulé avec celui d'un réseau de déontologues expérimentés placés respectivement auprès du Gouvernement, des différentes administrations et institutions, des établissements publics ainsi que des entreprises et collectivités publiques.

Ces déontologues constitueraient ainsi, pour les acteurs publics comme pour les organisations dont ils relèvent, **des « tiers référents de proximité »**, qui auraient connaissance des déclarations d'intérêts souscrites dans leur domaine de compétence et seraient saisis, soit par les agents publics eux-mêmes (au sens large), soit par leur autorité hiérarchique, en cas d'interrogation sur une question de déontologie ou sur une situation particulière pouvant constituer un risque de conflit d'intérêts. Le déontologue du Gouvernement serait, quant à lui, saisi, selon les cas, par le Premier ministre ou les membres du Gouvernement.

La Commission considère que devraient être nommés après agrément ou sur avis conforme de l'Autorité de déontologie, les déontologues du Gouvernement, des ministères, des autorités administratives indépendantes, des établissements publics de santé les plus importants ainsi que des établissements publics de l'État et des entreprises publiques dont le chiffre d'affaires ou le budget est supérieur à 40 millions d'euros. Il serait par ailleurs souhaitable que les autres structures administratives, notamment les collectivités territoriales et les EPCI les plus importants, comme leurs établissements publics et les sociétés d'économie mixte (ou les sociétés publiques locales) d'une taille significative, se dotent d'un déontologue ou aient la possibilité d'en consulter un, le cas échéant en prenant appui sur le Centre national de la fonction publique territoriale ou les centres de gestion de cette fonction publique. Ces déontologues ne feraient pas, en revanche, l'objet d'une procédure d'agrément.

Quant à l'Autorité de déontologie, sa saisine pourrait intervenir selon plusieurs voies :

- Elle pourrait tout d'abord être **saisie par l'autorité politique ou hiérarchique** (Premier ministre pour les membres du Gouvernement, ministres pour les directeurs d'administration centrale...), par le déontologue de l'organisation ou encore par la personne concernée elle-même, lorsque ces autorités ou personnes seraient confrontées à un problème complexe ou particulièrement sensible.

- Elle pourrait de même, et pour les seuls membres du Gouvernement, être saisie par 30 députés ou 30 sénateurs lorsque ceux-ci auraient des doutes sérieux sur la possibilité pour un membre du Gouvernement de prendre une décision précise au regard des intérêts qu'il aurait déclarés ou sur toute autre question de déontologie affectant un tel membre.

- La Commission devrait aussi pouvoir s'autosaisir, lorsqu'elle aurait connaissance de situations susceptibles de générer des situations de conflits d'intérêts ou de problèmes déontologiques justifiant son intervention.

- Enfin, le Défenseur des droits, qui peut être saisi par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public, pourrait, le cas échéant, porter

à sa connaissance des situations qui lui sembleraient susceptibles de faire naître des conflits d'intérêts.

En termes de structure, cette architecture devrait nécessairement rester **légère pour être opérationnelle :** l'Autorité serait composée du Vice-président du Conseil d'Etat, du Premier président de la Cour de cassation et du Premier président de la Cour des comptes, ainsi que de membres issus de ces trois juridictions et nommés sur la proposition des premiers. L'organisme statuerait collégialement, le cas échéant, en présence, **sans** voix délibérative, du déontologue agréé par l'autorité, y compris le déontologue du Gouvernement ou de toute autre institution publique qui serait incluse dans le champ de ce dispositif d'agrément. Les formations ordinaires, de trois personnes, pourraient renvoyer les cas problématiques à la formation plénière, qui compterait alors les présidents des trois juridictions suprêmes.

5.2. Les missions et pouvoirs de l'Autorité de déontologie de la vie publique et des déontologues

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. 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. Le principal pouvoir du déontologue serait donc un pouvoir d'aide au discernement, de conseil et de recommandation, ainsi que de contrôle de cohérence des informations déclarées par les personnes soumises à obligation de déclaration dans son ressort. Ce premier niveau de conseil déontologique doit être extrêmement souple et réactif : la clé du dispositif est la possibilité pour l'acteur public concerné ou son autorité de disposer d'un conseil effectif, dans des délais très brefs, au terme d'un échange singulier et confidentiel avec le déontologue. Comme cela est prévu dans de nombreux pays, ce déontologue devrait néanmoins consigner par écrit, dans un registre prévu à cet effet, l'ensemble des échanges qu'il a pu avoir et des réponses apportées, afin, le cas échéant, de pouvoir attester qu'un acteur public mis en cause avait effectivement engagé une démarche de prévention des conflits d'intérêts auprès de lui. Ce n'est qu'en cas de difficulté particulière que le déontologue pourrait renvoyer la question posée à l'Autorité.

Quant à l'Autorité qui serait saisie des cas les plus complexes, et au-delà de la reprise des compétences et des pouvoirs des actuelles Commission pour la transparence financière de la vie politique et Commission de déontologie des fonctionnaires, elle pourrait être utilement dotée d'un pouvoir d'avis ou de recommandation, ce pouvoir étant assorti de la possibilité de mettre en demeure, puis d'enjoindre à la personne concernée de respecter ses recommandations, avis, décisions ou réserves (s'agissant, dans ces derniers cas, du passage du secteur public au secteur privé). Pour statuer sur les questions dont elle est saisie, et afin que la procédure demeure la plus simple et réactive possible, la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique propose de reconnaître à l'Autorité la possibilité de se faire communiquer toute information utile de la part de la personne concernée, des administrations publiques ou du service auquel elle appartient, ainsi que d'auditionner toute personne qu'elle jugerait nécessaire d'entendre. L'Autorité pourrait aussi confronter les informations recueillies au titre de ses différentes

missions. Elle devrait également être systématiquement informée des suites données à ses avis, recommandations et décisions ou réserves. En revanche, il est apparu à la Commission qu'il ne serait ni opportun, ni efficace de conférer à cette Autorité des pouvoirs d'investigation plus intrusifs ou des pouvoirs propres de sanction (cf. *infra*). Il convient en effet de ne pas entretenir la confusion quant au rôle de l'Autorité : elle doit s'inscrire dans une logique de recommandation et de conseil, voire de décision, et non de poursuite. Ceci suppose qu'elle ne cumule pas de fonctions de recommandation, de poursuite et de sanction sur les mêmes affaires. Ce faisant, elle éviterait de prêter elle-même le flanc à la critique sur le plan de l'impartialité, notamment au regard des prescriptions de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

S'agissant des avis, recommandations, décisions, mises en demeure et injonctions de l'Autorité, afin de préserver tant la vie privée des personnes concernées que la qualité d'un dialogue orienté vers la prévention et le conseil, ils ne pourraient être rendus publics, sauf lorsque les données de l'affaire auraient fait l'objet par ailleurs d'une certaine publicité et que l'Autorité l'estimerait nécessaire, ou encore lorsque la saisine aurait été déclenchée par des membres du Parlement dans les conditions susmentionnées.

Outre leurs missions de prévention ou de traitement des situations de conflits d'intérêts individuels, l'Autorité de déontologie de la vie publique et les déontologues nommés au sein des différents services, organismes et institutions exerceraient un rôle de régulation quant à la déontologie des acteurs publics et pourraient dans ce cadre donner leur avis ou formuler des recommandations sur les codes de déontologie élaborés par ces différentes structures.

Enfin, l'Autorité de déontologie de la vie publique élaborerait un rapport annuel rendant compte de manière non nominative de son activité dans l'ensemble de ses champs de compétence et, notamment, dans le domaine de la déontologie des agents publics et de la prévention des conflits d'intérêts.

5.3. Le contrôle du dispositif

L'Autorité, telle qu'elle est proposée par la présente Commission, pourrait être amenée à constater des situations de conflits d'intérêts avérés. Dans cette hypothèse, elle aurait le pouvoir d'enjoindre à la personne concernée ou au service de respecter ses recommandations et prescriptions. La méconnaissance des injonctions de l'Autorité par la personne concernée ou le service administratif dont elle relève, relatif à un conflit d'intérêts dans le cadre ou à l'issue de l'exercice de fonctions publiques, devrait pouvoir faire l'objet de sanctions pénales d'amende assorties, le cas échéant, d'une inéligibilité ou d'une interdiction d'exercer une fonction publique, sans préjudice de l'application des dispositions des articles 432-12 et 432-13 du code pénal. Il conviendrait en outre de prévoir la possibilité pour l'Autorité, en cas d'identification d'une situation de conflit d'intérêts avéré, de saisir les autorités compétentes, lorsque ces conflits paraîtraient susceptibles d'être qualifiés de prise illégale d'intérêts.

En revanche, ainsi qu'il a été dit, il n'est pas proposé de confier à l'Autorité des pouvoirs propres de sanction.

VI. Construire une nouvelle culture de la déontologie

6.1. Définir des codes de conduite ou des chartes de déontologie

L'ensemble des mesures précédemment proposées doit contribuer à insuffler au sein de la sphère publique une nouvelle culture de la déontologie. Celle-ci ne pourra toutefois se développer pleinement que si les acteurs publics sont sensibilisés à l'importance de cette question et aux conséquences dommageables, pour eux comme pour la collectivité publique, de manquements aux règles déontologiques. Quoiqu'elle fasse essentiellement appel à la conscience personnelle, la prévention des conflits d'intérêts n'a rien d'inné : elle requiert une vigilance de chaque instant et, partant, des réflexes professionnels aiguisés. Cette sensibilisation est d'autant plus importante que ces réflexes peuvent être émoussés par le rythme de travail, la fatigue et la multiplicité des sollicitations et des décisions à prendre.

Il importe dès lors d'énoncer les devoirs professionnels et de veiller à leur mise en pratique dans les situations concrètes des métiers exercés, afin qu'ils soient intériorisés et suscitent l'adoption des comportements adéquats. Cette nouvelle culture de la déontologie de la vie publique doit concerner les acteurs publics aussi bien en tant que « sujets de conflit d'intérêts » qu'en tant que responsables hiérarchiques. La Commission considère à cet égard que l'émergence de cette nouvelle culture implique essentiellement la hiérarchie politique et administrative : la déontologie et la prévention des conflits d'intérêts ne sont pas en effet seulement une affaire de conscience individuelle ; elles sont une affaire d'organisation collective. Elles constituent éminemment une responsabilité partagée entre les personnes publiques ou les services publics et leurs agents. Plusieurs actions peuvent y contribuer.

L'élaboration de codes de conduite ou de chartes de déontologie dans chaque autorité administrative, énonçant l'ensemble des devoirs des acteurs publics, est par conséquent indispensable. Ces codes doivent s'accompagner de guides pratiques exposant, à partir de cas concrets, les situations problématiques dans lesquelles les intéressés peuvent se trouver et apportant des éléments de réponse quant à la conduite à tenir ou aux erreurs à ne pas commettre, à l'instar de ce que font un nombre croissant d'entreprises privées. L'ensemble de ces documents doit s'appuyer sur l'expertise de l'Autorité de déontologie et du déontologue pertinent. Ils seraient élaborés en concertation avec les agents auxquels ils auraient vocation à s'appliquer. Sans être dotés d'une force juridique contraignante, de tels documents contribueraient à faire évoluer les comportements. En outre, ces outils participeraient au renforcement de la vigilance partagée des institutions, qui ne peut reposer sur la seule conscience individuelle. La Commission tient à souligner l'importance d'une adaptation des codes de conduite et chartes de déontologie à la diversité des missions et des métiers propres à chaque structure administrative, les exigences de probité, d'intégrité, d'impartialité et de prévention des conflits d'intérêts ne s'exprimant pas de la même manière dans l'ensemble des services.

6.2 Mettre en place une organisation administrative adaptée à la prise en compte de la déontologie

La Commission considère en outre qu'indépendamment des déontologues mentionnés ci-dessus qui, comme il a été dit, jouent un rôle d'aide au discernement, de conseil et de recommandation, le Gouvernement, les ministères, les autorités administratives indépendantes et les autres organismes publics les plus importants, y compris les collectivités territoriales, **doivent se doter respectivement, en fonction de leur taille et de leurs moyens, d'une organisation légère et adaptée pour définir et mettre en œuvre une politique de déontologie et en suivre l'application.** Dans chaque organisme public, devrait ainsi être désigné un service ou une unité administrative chargé de « produire » et de mettre à jour les codes de déontologie ou les référentiels, de recueillir et diffuser les bonnes pratiques, de s'assurer de leur mise en oeuvre et de concevoir et appliquer une politique de sensibilisation et de formation en direction des agents. Il s'agit là de mesures qui relèvent par nature de la responsabilité de la hiérarchie politique ou administrative, car elles concourent au bon fonctionnement du Gouvernement ou des services, ce bon fonctionnement n'étant pas séparable du comportement de leurs membres ou agents en matière de déontologie et s'étendant également à leur crédibilité et à la perception qu'ils donnent d'eux-mêmes.

Le rôle de ces services compétents en matière de déontologie pourrait s'étendre également au contrôle interne des risques déontologiques. Ils pourraient notamment être chargés de déterminer quels sont les postes à risques, notamment du point de vue de l'occurrence des conflits d'intérêts[153]. En fonction de l'analyse des zones de risque, pourraient être définis et recommandés, selon le cas, des règles d'organisation du travail, des modes opératoires particuliers (tels que des organigrammes fonctionnels, des exigences en termes de traçabilité...) et des opérations de contrôle interne.

La Commission n'a pas souhaité prescrire le positionnement et le champ d'intervention de ces services chargés de la déontologie. Mais, au sein du Gouvernement, le secrétariat général du Gouvernement paraît être le lieu approprié de mise en place de cette fonction de définition et de mise en œuvre de la déontologie. Dans les ministères, le secrétariat général ou les directions des ressources humaines paraissent *a priori* les mieux placés pour remplir cette fonction. Ces structures participent en effet à l'animation de l'ensemble du ministère ou à l'exercice des pouvoirs de nomination, de promotion et de discipline. Elles sont également en relation avec les organisations syndicales qui devront être associées à l'élaboration des mesures précitées.

Au niveau de l'ensemble de la fonction publique, la responsabilité particulière de la direction générale de l'administration et de la fonction publique, pour les questions de déontologie communes à l'ensemble des agents publics, devrait être affirmée, de même que le rôle propre, en la matière, des conseils supérieurs des trois fonctions publiques. Dans la fonction publique territoriale comme dans la fonction publique hospitalière, le Centre national de la fonction publique territoriale et le Centre

[153] Voir par exemple article 14 de la Recommandation n°R (2000) 10 sur les codes de conduite pour les agents publics.

SA

national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière pourraient voir leurs responsabilités étendues en la matière, notamment sur l'élaboration des codes de conduite ou des chartes de déontologie, sans préjudice des responsabilités propres incombant aux collectivités territoriales et aux établissements publics de santé eux-mêmes.

Il importe en outre d'adapter les procédures administratives afin de limiter les risques de conflits d'intérêts et de mettre les agents à même de détecter les situations de risque. A titre d'exemple, l'envoi en amont de l'ordre du jour précis des réunions, indiquant les personnes (physiques ou morales) directement concernées par les affaires évoquées, doit permettre à l'acteur public de déterminer s'il y a lieu pour lui d'y prendre part ou de solliciter son remplacement. De manière systématique, le président d'une instance décisionnelle ou délibérative devrait sonder les participants en début de séance afin de déterminer si l'un d'eux souhaite s'abstenir sur l'une des affaires évoquées. Une éventuelle abstention devrait être consignée au procès-verbal ou au compte-rendu de la séance. Ainsi qu'il a été dit, l'abstention doit consister à quitter le lieu où se déroule une délibération à laquelle ne peut participer un titulaire de charge publique ou un agent public.

6.3. Mettre en œuvre l'impératif de la formation et du dialogue déontologique

La Commission est enfin attachée à ce que la déontologie et, en son sein, la prévention des conflits d'intérêts, constitue une **dimension essentielle de la formation des acteurs publics**, en particulier des agents publics.

La formation initiale des fonctionnaires doit comprendre un module consacré à ces questions qui consisterait non seulement à rappeler le cadre juridique et les règles essentielles de comportement à observer, mais aussi et surtout des mises en situation concrètes afin de sensibiliser les élèves à la difficulté de l'exercice et de susciter le développement de réflexes adéquats. Cette démarche commune pourrait être soutenue par la direction générale de l'administration et de la fonction publique, qui devrait veiller à ce que toutes les écoles de service public dispensent une telle formation, le cas échéant en sollicitant l'Autorité de déontologie et des déontologues du secteur public comme du secteur privé.

La formation continue doit constituer le second vecteur de formation à destination des agents qui ne bénéficieraient pas de formation initiale dans le cadre de leur entrée dans la fonction publique, des agents particulièrement exposés mais aussi des responsables hiérarchiques. Les agents publics directement issus du secteur privé sont aussi particulièrement concernés par cette formation.

La prévention des conflits d'intérêts étant une responsabilité partagée entre les agents et leur hiérarchie, il importe que l'ensemble des échelons d'une autorité administrative y soient sensibilisés. Pourraient ainsi être envisagés, selon les spécificités des administrations, des mesures particulières comme la sensibilisation à la déontologie lors de la prise de fonctions d'un agent ou, hors de toute obligation de déclaration d'intérêts, un entretien à finalité déontologique avec le chef de service tant à l'occasion de la prise de fonctions que lors de l'évaluation de l'agent. Une attention particulière devrait aussi être portée au dialogue avec les agents et les organisations professionnelles sur les questions de déontologie. En la matière, le

mouvement ne saurait être exclusivement descendant : il est particulièrement nécessaire qu'il soit aussi ascendant. De même que les agents doivent contribuer, directement et par l'intermédiaire de leurs représentants, à l'élaboration des règles déontologiques, ils doivent aussi disposer de lieux où leurs questions, individuelles ou collectives, puissent être exprimées, débattues et recevoir des réponses.

La diffusion des principes et règles déontologiques pourrait aussi prendre appui sur les séminaires organisés avec les principaux responsables de services déconcentrés qui peuvent être également l'occasion d'évoquer de tels sujets. Ces actions de sensibilisation sont de nature à rappeler aux responsables qu'ils s'exposent à une faute de négligence, s'ils n'exercent pas un contrôle dans le domaine de la prévention des conflits d'intérêts.

La culture de la déontologie, c'est la diffusion d'outils et d'un état d'esprit permettant à tout agent chargé d'une mission de service public de percevoir les règles collectives consubstantielles à ses missions d'intérêt général. De cette culture pourra procéder une plus grande confiance des citoyens et des usagers.

VII. MISE EN ŒUVRE DES PROPOSITIONS

La Commission a estimé qu'il ne lui appartenait pas de rédiger les textes permettant la mise en œuvre de ses préconisations. Elle entend toutefois préciser la nature des vecteurs normatifs requis, au regard tant des articles 34, 37 et 72 de la Constitution que de la nécessité, précédemment rappelée, de laisser aux acteurs publics des marges de manœuvre suffisantes pour déterminer les règles de comportement qui leur paraissent adaptées.

La mise en œuvre des propositions formulées par la Commission implique la conjugaison de différents vecteurs normatifs :

- **La Constitution** devrait être modifiée pour étendre les incompatibilités des membres du Gouvernement. L'article 23 devrait donc être complété par un nouvel alinéa précisant qu'une loi organique fixe les autres incompatibilités applicables aux membres du Gouvernement. Cette loi organique préciserait les nouvelles incompatibilités (fonction exécutive dans une collectivité territoriale ou un établissement public de coopération entre collectivités territoriales et fonction d'administration ou de gestion dans une association, fondation, un syndicat ou un parti politique).

- **Le recours à une loi** relative à la déontologie des acteurs publics constitue l'élément central du dispositif normatif envisagé.

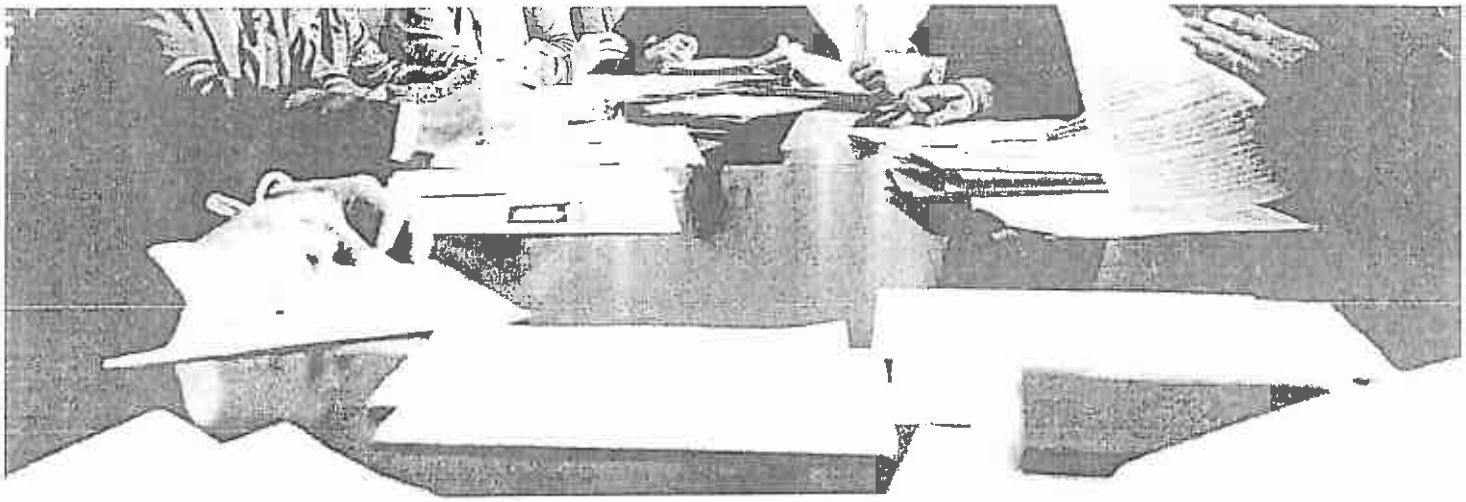
Seraient inscrites dans cette loi :

- la définition de la notion de conflit d'intérêts ;

- l'exigence de prévention des situations de conflit d'intérêts, dans sa double dimension : obligation pour toute personne concourant à l'exercice d'une mission de service public de ne pas se placer dans une situation de ce type ou de la résoudre sans délai, si elle survient ; obligation corrélative pour l'autorité

DOCUMENT n° 7

53



Extrait

Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative

Principes et bonnes pratiques

Édition 2011

Extrait

3 Prévention des conflits d'intérêts dans l'exercice des fonctions

Entretien déontologique

- PRINCIPES -

■ L'organisation du travail, juridictionnel ou consultatif, prend en compte, dans toute la mesure du possible, la prévention des situations dans lesquelles un doute légitime pourrait naître, même du seul point de vue des apparences, quant à l'indépendance ou l'impartialité des membres de la juridiction administrative.

- BONNES PRATIQUES -

■ A cet effet, il est proposé à tout membre de la juridiction administrative, lors de son affectation, et aussi souvent que nécessaire par la suite, un entretien consacré à cette question, lui permettant de faire état de ses intérêts ou activités, passés ou présents, de nature patrimoniale, professionnelle, familiale ou personnelle, susceptibles de mettre en cause, même du seul point de vue des apparences, son impartialité ou son indépendance dans une mesure qui excéderait sa seule abstention dans une affaire particulière (*v. infra*).

Ces intérêts ou activités ne doivent être mentionnés que si, par leur nature ou leur intensité, ils imposent d'éviter que certaines catégories de dossiers soient traitées par l'intéressé. Ces dossiers peuvent être définis en fonction de la matière à laquelle ils se rattachent, de l'administration concernée ou de l'identité des parties ou de leurs conseils.

L'intéressé apprécie le degré des précisions qu'il souhaite donner sur l'explicitation de la nature de son intérêt ou de son activité, au regard des limites inhérentes au respect de sa vie privée. L'anonymat des tiers intéressés est préservé sauf si leur identité est consubstantielle à l'intérêt (lien avec un avocat, en particulier).

Cet entretien porte aussi sur les liens de parenté ou de relations personnelles, au sein de la juridiction, qui feraient obstacle à ce que deux membres de la juridiction administrative puissent siéger dans la même formation de jugement (v. CE 13 mars 1925, *Sieur Desrumeaux*, Leb. p. 262).

Au Conseil d'État, cet entretien a lieu avec le président de sous-section ou de section. Pour les présidents de section, il se déroule avec le vice-président du Conseil d'État. Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, il a lieu, dans toute la mesure du

possible, avec le chef de juridiction et, pour ces derniers, avec le président de la mission d'inspection des juridictions administratives.

Le vice-président du Conseil d'État adresse une déclaration de ses intérêts et activités au collège de déontologie.

■ Compte tenu des éléments dont il est fait état lors de l'entretien, l'intéressé est affecté et son travail organisé, de façon à éviter les situations dans lesquelles un doute pourrait naître quant à son impartialité ou son indépendance ; si cela s'avère nécessaire, il peut aussi lui être proposé un changement d'affectation, au sein du Conseil d'État ou de la juridiction.

Si des conséquences en sont tirées en termes d'affectation ou de retrait de dossiers, celles-ci sont arrêtées d'un commun accord, dans le respect, selon les cas, des dispositions des articles R. 611-20, R. 611-9 ou R. 611-16 du code de justice administrative.

■ Si aucune des mesures d'affectation n'apparaît suffisante, notamment dans l'hypothèse où, en application des recommandations détaillées ci-après (v. *infra*), l'intéressé serait amené, dans un souci d'impartialité et d'indépendance, à s'abstenir dans un nombre d'affaires tellement important que le fonctionnement de la formation juridictionnelle ou consultative concernée en serait perturbé, l'abandon des activités entrant en conflit avec les exigences liées à l'exercice des fonctions au sein de la juridiction administrative sera envisagé.

■ L'entretien déontologique est exclusivement destiné à faciliter la prévention des conflits d'intérêts au sein de la juridiction administrative et ne saurait exonérer l'intéressé d'aucune de ses obligations déontologiques.

Abstention à l'occasion d'une affaire particulière

- PRINCIPES -

■ L'abstention a elle aussi pour objet, à l'occasion d'une affaire particulière, de prévenir les situations dans lesquelles pourrait naître, dans l'esprit des parties à un procès, du destinataire d'un avis et plus généralement du public, un doute légitime quant à l'impartialité ou l'indépendance des membres de la juridiction administrative. Elle doit permettre, en ce qui concerne les instances juridictionnelles, d'éviter que les parties aient à recourir à la récusation, laquelle peut être demandée, à l'égard d'un membre de la juridiction, « *s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité* » (art. L. 721-1 et R. 721-1 du code de justice administrative). Il appartient à chaque membre, en accord avec le président de la formation juridictionnelle ou consultative concernée, d'en prendre l'initiative dans les cas et conditions rappelés ci-après.

■ L'abstention dans les formations juridictionnelles est prévue et organisée par l'article R. 721-1 du code de justice administrative.

- BONNES PRATIQUES -

Abstention dans les formations juridictionnelles [2]

Indépendamment des hypothèses où l'abstention est dictée par la conscience de chacun l'identification des cas dans lesquels celle-ci est objectivement commandée par la jurisprudence ou recommandée par la simple prudence ne peut résulter que d'une appréciation d'espèce. On trouvera toutefois ci-après quelques lignes directrices pour guider en cas de doute, cette appréciation. Si le doute persiste, celui-ci doit profiter à l'abstention.

■ **Motifs d'ordre privé** : on se réfèrera utilement, à cet égard, aux cas de récusation prévus par l'article 341 du code de procédure civile, auquel renvoyait l'ancien article R. 194 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : il en résulte notamment que l'abstention s'impose en cas « *d'intérêt personnel du juge à la contestation* », de lien de parenté ou d'alliance avec l'une des parties (v. par ex. CE 2 octobre 1996, *Commune de Saint-Orville*, n° 158463) ou encore «*d'amitié ou d'inimitié notoire* » entre le juge et l'une d'elles.

■ **Participation antérieure aux activités consultatives de la juridiction administrative** : Ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de l'affirmer à plusieurs reprises, tant à propos du Conseil d'État que d'institutions similaires existant dans d'autres pays européens, le cumul de fonctions consultatives et juridictionnelles par un même organisme n'est pas, par lui-même, contraire au principe d'impartialité. La dualité fonctionnelle du Conseil d'État et, dans une moindre mesure, des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel implique toutefois un certain nombre de précautions visant à éviter que l'exercice successif des fonctions consultatives et juridictionnelles suscite un doute quant à l'impartialité de la formation de jugement. De manière générale, l'abstention s'impose, dès lors que l'intervention préalable de la juridiction administrative au titre de ses attributions consultatives peut être regardée comme un « *préjugement* » de l'affaire au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[3].

En ce qui concerne les membres du Conseil d'État, l'article R. 122-21-1 du code de justice administrative interdit aux membres qui ont pris part à la délibération d'un avis de participer au jugement d'un acte pris après cet avis. L'article R. 122-21-2 assure l'effectivité de cette disposition en organisant la communication de la liste des membres ayant pris part à l'avis

Les mêmes principes sont applicables, *mutatis mutandis*, aux activités consultatives des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

■ **Exercice d'une activité accessoire** : La circonstance qu'un membre de la juridiction administrative exerce à titre accessoire une activité d'intérêt général, dans les conditions conformes au statut, peut être de nature à justifier son abstention.

Dans certains cas, la question est réglée par un texte (cf. article R. 200-1 du livre des procédures fiscales pour les commissions départementales des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires).

Mais, même sans texte, l'abstention est de rigueur, dès lors qu'est contesté, dans le procès, un acte à l'élaboration duquel le membre concerné a participé, directement ou indirectement, ou qu'est en cause une affaire dont il a eu à connaître dans ce cadre. Plus généralement, l'abstention est recommandée, selon la nature de l'activité accessoire, lorsqu'est en cause

---

[2] Les recommandations qui suivent peuvent être regardées comme applicables lorsqu'un tribunal administratif est appelé à se prononcer, en vertu de l'article L. 212-2 du code de justice administrative, sur l'exercice par les contribuables des actions appartenant à certaines collectivités territoriales et à leurs établissements publics, même si la décision rendue dans ce cas est de nature administrative et non juridictionnelle.

[3] V. not. Cour EDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c/ France*, req. n° 65411/01, § 70 et s.

l'autorité auprès de laquelle elle est exercée ou que l'affaire se situe dans le champ de compétence ou d'intervention de celle-ci. Pour l'identification de l'autorité en question, il y a lieu d'adopter une approche concrète et réaliste qui conduit à distinguer au minimum, en ce qui concerne les services de l'État, entre ministères.

■ **Exercice successif de fonctions au sein de la juridiction administrative** : Un membre de la juridiction administrative ne saurait participer au jugement d'un litige sur le fond duquel il a déjà été amené à se prononcer dans le cadre de ses attributions juridictionnelles.

Ainsi, un membre qui a participé à une décision juridictionnelle, que ce soit en tant que président, rapporteur, assesseur ou rapporteur public, ne peut être amené à connaître d'un appel, d'un pourvoi en cassation ou d'un recours en révision ou en rectification d'erreur matérielle dirigés contre cette décision (et ce en vertu d'une règle générale de procédure applicable même sans texte : CE 30 novembre 1994, *Fatio*, n° 123452). Eu égard à la spécificité de cette voie de récusation, le principe ne s'applique toutefois pas à la tierce opposition (CE 10 décembre 2004 *société RESOTIM*, n° 270267).

Le fait d'avoir statué sur l'affaire en qualité de juge des référés, s'il ne disqualifie pas nécessairement l'intéressé pour siéger dans l'instance ultérieure au principal, doit toutefois inciter à la vigilance (v., en ce qui concerne le référé-suspension organisé par l'article L. 521-1 du code de justice administrative, CE, Sect., Avis, 12 mai 2004, *Commune de Roquerville*, n° 265184 et CE 2 novembre 2005, *M. et Mme Fayant*, n° 279660).

■ **Exercice passé ou futur de fonctions à l'extérieur de la juridiction administrative** : Dans le cas d'un départ prochain de la juridiction administrative pour exercer des fonctions à l'extérieur de celle-ci, et sans préjudice des autres règles éventuellement applicables (notamment celles dont la commission de déontologie de la fonction publique régie par l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 est chargée d'apprécier le respect), il y a lieu de s'abstenir de prendre part à toute délibération mettant en cause un futur employeur, dès l'instant où l'intéressé entre en pourparlers avec celui-ci, notamment au sujet des conditions d'exercice des fonctions pour lesquelles il est pressenti.

En cas de retour dans la juridiction administrative d'un membre ayant exercé des fonctions à l'extérieur de l'institution (dans un service d'administration centrale ou déconcentrée, dans un cabinet ministériel, dans un établissement public, une collectivité territoriale ...) ou de nomination au sein de la juridiction d'une personne ayant une expérience professionnelle antérieure, les mêmes précautions sont prises en ce qui concerne les affaires mettant en cause l'ancien employeur direct.

En outre, pendant une période d'environ deux ans, à préciser avec le président de sous-section au Conseil d'État ou le chef de la juridiction d'affectation dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, il est recommandé au membre intéressé de s'abstenir de participer au jugement des litiges concernant les décisions prises par l'autorité auprès de laquelle il exerçait précédemment ses fonctions (ainsi que, le cas échéant, les affaires nées dans son champ de compétence ou d'intervention) même postérieurement à la période d'exercice de ces fonctions.

■ **Publication d'un commentaire sur une décision juridictionnelle** : Lorsqu'un membre de la juridiction administrative a siégé dans une affaire, il s'abstient de commenter la décision rendue dans des conditions de nature à porter atteinte au secret du délibéré.

Lorsque, tout en respectant le principe rappelé ci-dessus, un membre de la juridiction administrative a publié un commentaire sur une décision juridictionnelle, même rendue en

référé, il est recommandé qu'il s'abstienne. L'abstention est impérative si le commentaire a comporté un jugement de valeur sur la décision ou une prise de position sur l'affaire

■ **Modalités pratiques :** Il convient, dès l'attribution du dossier, en ce qui concerne le rapporteur, et au plus tôt, en ce qui concerne les autres membres de la formation de jugement ou le rapporteur public, d'avertir le président de la formation de jugement de la décision de s'abstenir, en vue de l'application de l'article R. 721-1 du code de justice administrative. En revanche, les motifs de cette décision n'ont pas, en principe, à être portés à la connaissance du président.

Au Conseil d'État, au début de la séance publique, le président informe le public de ce qu'un ou plusieurs membres de la formation de jugement s'abstiennent (ou « se déportent ») sur l'une ou l'autre des affaires inscrites au rôle. Il peut être opportun de faire de même dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. Il convient qu'au moment de l'appel de l'affaire, le ou les membres concernés quittent la salle d'audience ou s'installent sur les bancs du public.

Au cours du délibéré, le ou les intéressés quittent, au moment de l'examen de l'affaire en cause, la salle où le délibéré se tient. De même, ne peuvent assister au délibéré les membres de la juridiction administrative qui auraient été tenus, à quelque titre que ce soit, de s'abstenir.

Abstention et modalités particulières de participation dans les activités consultatives

■ Même si aucun texte ne régit spécifiquement l'abstention dans les activités consultatives de la juridiction administrative, les exigences d'impartialité et d'indépendance n'y sont pas moins fortes que dans les formations juridictionnelles, quoique, compte tenu de la nature de ces activités, elles ne se traduisent pas nécessairement de la même façon.

Les recommandations qui suivent concernent au premier chef les membres du Conseil d'État, lequel exerce d'importantes activités consultatives dans le cadre de ses attributions en matière administrative et législative définies par les dispositions du chapitre 2 du titre Ier du livre Ier de la partie législative du code de justice administrative et organisées selon celles du chapitre 3 du titre Ier du livre Ier de la partie réglementaire du même code.

Elles n'en ont pas moins vocation à s'appliquer également à l'exercice des fonctions consultatives dévolues, par l'article L. 212-1 du code de justice administrative, aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel, qui peuvent être appelés à donner leur avis sur les questions qui leur sont soumises par les préfets, en application de l'article R. 212-1 du même code.

■ **Motifs d'ordre privé :** Comme pour l'activité juridictionnelle, on se référera utilement, à cet égard, aux cas de récusation (v. *supra*) : il en résulte notamment que l'abstention s'impose en cas d'intérêt personnel du membre de la juridiction administrative à la question traitée dans l'activité consultative

■ **Exercice passé de fonctions à l'extérieur de la juridiction administrative :**

En cas de retour dans la juridiction administrative d'un membre ayant exercé des fonctions à l'extérieur de l'institution (dans un service d'administration centrale ou déconcentrée, dans un cabinet ministériel, dans un établissement public, une collectivité territoriale etc.) ou de nomination au sein de la juridiction d'une personne ayant une expérience professionnelle

antérieure, il est recommandé au membre intéressé de s'abstenir, pendant une période d'environ un an, à préciser avec le président de section au Conseil d'État ou le chef de la juridiction d'affectation dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, de rapporter un projet de texte ou une demande d'avis relatifs à des décisions prises par l'autorité auprès de laquelle il exerçait précédemment ses fonctions (ainsi que, le cas échéant, les affaires nées dans son champ de compétence ou d'intervention), même postérieurement à la période d'exercice de ces fonctions, ou de siéger avec voix délibérative lors de la séance consacrée à l'examen d'un tel texte.

■ **Exercice d'une activité accessoire** : Il est recommandé de s'abstenir de rapporter un projet de texte ou une demande d'avis, ou de siéger avec voix délibérative lors de la séance consacrée à l'examen d'un tel texte, dans les deux hypothèses suivantes :

- lorsque l'on a eu à participer directement à l'élaboration du projet de texte ou de la demande d'avis soumis à la formation consultative, sauf lorsqu'il est recouru à la pratique dite du « pré-rapporteur », consistant, pour certains textes d'une particulière complexité, à permettre au membre du Conseil d'État qui sera ensuite désigné comme rapporteur d'assister aux réunions au cours desquelles ces textes sont finalisés ;

- lorsque le projet de texte ou la demande d'avis porte sur l'autorité même auprès de laquelle l'activité est exercée, dans son organisation ou son fonctionnement, et ce à plus forte raison encore si l'on y exerce des responsabilités opérationnelles.

En revanche, dans le cas où le projet de texte ou la demande d'avis porte simplement sur une matière entrant dans le champ de compétence ou d'intervention du service ou de l'organisme dans lequel on est impliqué, sans qu'il en soit pour autant l'auteur ou que soit en cause son organisation ou son fonctionnement, il n'y a pas lieu en principe, sauf circonstances particulières, de s'abstenir de rapporter.

■ Si, dans les hypothèses précédemment évoquées, qu'il s'agisse de l'exercice passé de fonctions à l'extérieur de la juridiction administrative ou de l'exercice d'une activité accessoire, il est recommandé de s'abstenir de rapporter ou de siéger avec voix délibérative, une participation sans voix délibérative peut être envisagée. Une telle participation peut ainsi être acceptée, au Conseil d'État, par le président de la formation administrative afin de ne pas priver la section de l'expérience et des compétences de l'intéressé. Le président informe alors, au début de l'examen du texte, les commissaires du gouvernement de cette décision. En cours d'examen, l'intéressé n'intervient qu'à la demande du président, pour éclairer les débats lorsque ses compétences particulières le justifient.

II

Une actualité brûlante

A priori rien de commun entre l'organisation de la filière nucléaire, la lutte contre la pandémie grippale, la réforme des retraites et les inondations sur la côte atlantique. Et pourtant ! Un lien entre ces quatre faits marquants de l'actualité récente : la perturbation par des suspicions de « conflits d'intérêts ».

Conflit d'intérêts : l'expression de l'année 2010 ? Les termes semblent abscons, techniques, mais ils soulèvent des questions concrètes. Henri Proglio peut-il être rémunéré à la fois par EDF et Veolia quand ces deux entreprises sont tantôt concurrentes, tantôt susceptibles de s'échanger des filiales ou de monter des projets communs ? Les experts qui ont recommandé, au niveau mondial, la vaccination massive contre le virus de la grippe A ont-ils pu faire abstraction des liens financiers que certains d'entre eux entretenaient avec les laboratoires pharmaceutiques, fabricants de

vaccins ? Le ministre du Budget, responsable de la lutte contre la fraude fiscale et de la réglementation des impôts, peut-il exercer ses responsabilités sans interférence quand son épouse travaille à la gestion d'une des toutes premières fortunes de France, susceptible d'être en délicatesse avec le Fisc et quand il est trésorier d'un parti politique ? Et Xynthia ?

Dans la nuit du 16 février 2010, la côte de la Vendée et de la Charente-Maritime est balayée par une tempête spectaculaire. Les digues ont été débordées par des paquets de mer de plus de six mètres. À La Rochelle, les bateaux ont quitté le port pour se retrouver encastrés sur les quais. Des centaines de maisons sont submergées. Malgré une mobilisation précoce et efficace des secours, on déplore une cinquantaine de morts. Le niveau de l'eau a atteint les étages, les toits. Certaines personnes mourront noyées chez elles. C'est l'une des catastrophes naturelles qui a fait le plus de victimes ces dernières décennies en France.

On découvre les conséquences de l'urbanisation du littoral. On en connaissait l'aspect inesthétique. On en mesurait moins les dangers. Beaucoup de maisons, principalement des résidences secondaires, ont été construites sur des zones connues comme inondables. Pendant des siècles, les terrains n'avaient été utilisés que comme des pâturages. Les historiens

montrent que, depuis l'époque romaine, on connaissait et on redoutait les inondations. Certains experts avaient, ces dernières années, tiré la sonnette d'alarme. Mais la pression économique était forte. Cette côte est convoitée. Les demandes de permis de construire sont nombreuses. Des rapports d'ingénieurs ont bien attiré l'attention sur les risques encourus, mais ils n'ont pas été concrétisés dans un plan de prévention des risques qui aurait dû s'imposer aux documents d'urbanisme. L'État semble avoir timidement tenté de faire entendre sa voix. Mais depuis la décentralisation, ce sont les maires qui délivrent les permis de construire. Construire, c'est attirer des résidents secondaires, c'est faire tourner l'économie, c'est permettre le développement de la zone touristique. Alors, on construit. On fait confiance aux digues. On néglige le danger.

On se retrouve en situation de conflit d'intérêts institutionnels. Entre la sécurité et le développement, entre la précaution et l'économie. On privilégie le développement de l'économie locale en faisant l'impasse sur les risques. Derrière cette question classique se cachent des conflits d'intérêts plus personnels. Au moins dans un cas, une élue en charge de l'urbanisme a délivré des permis de construire dont a bénéficié son fils, promoteur immobilier, pour lui permettre de lotir. Cette élue disposait elle-même de parts dans la société immobilière qui fera fructifier quelques terrains

constructibles. Certes, lors de l'une des délibérations du conseil municipal, elle n'a pas pris part au vote. Il lui a été demandé de sortir. Mais ensuite, c'est elle qui a signé les permis de construire[1].

Figurent ici tous les faits constitutifs du conflit d'intérêts. Conflit d'intérêts général. Comment un maire peut-il concilier l'aspiration à un développement économique et son rôle de régulateur des permis de construire? Comment peut-il à la fois appuyer sur l'accélérateur et sur le frein? En vertu de quoi peut-il faire les dosages? Problèmes qui peuvent conduire à penser que, dans certains cas, au lieu de mettre les élus dans des situations impossibles, il serait nécessaire qu'une autre autorité se voie conférer la compétence de délivrance des permis de construire. Ainsi, on pourrait imaginer que, dans des zones où il existe des risques, les responsabilités d'urbanisme soient confiées à l'État ou que l'État dispose d'un véritable pouvoir de veto, à l'abri des pressions. Et la prévention des conflits aurait dû conduire à ne pas accorder à la mère d'un promoteur immobilier local la délégation de l'urbanisme!

Xynthia, Henri Proglio, affaire Bettencourt, grippe A: Voilà donc quatre événements qui ont rythmé

1. Voir les articles de Tonino Sérafini dans *Libération*

l'actualité du premier semestre 2010, a priori indépendants, mais reliés par le fil rouge des conflits d'intérêts. D'un concept abstrait pour juristes férus de droit comparé, le conflit d'intérêts devient un objet croustillant pour journalistes amateurs de scandales et provoque un abîme de perplexité pour tous ceux qui recherchent la clarté.

La notion de conflit d'intérêts est d'origine anglo-saxonne. Elle est peu connue en France. Comme souvent la France s'estime à l'abri de la tentation, de la déviance et de la corruption. La morale et la vertu doivent être innées. Elles font certainement partie de notre identité nationale. Nul besoin donc d'établir des procédures et des règles. L'honnêteté fait office de viatique. Un pays où les ministres ne démissionnent que rarement, même gravement mis en cause. Un pays où l'on peut se faire réélire triomphalement après avoir été condamné définitivement pour trafic d'influence ou pour corruption. Un pays qui aime à critiquer les mauvaises manières des autres, ces mélanges d'intérêts publics et privés, ces allers et retours entre public et privé, ces petits arrangements avec les notes de frais. Et qui ne supporte pas quand les institutions internationales ou la presse étrangère lui en font grief.

Conflit d'intérêts, l'expression de l'année 2010. Pourtant, à l'École nationale d'administration, il n'y a toujours pas un seul cours sur le sujet, ni même sur la

déontologie de la responsabilité publique. Cette discipline n'est pas plus enseignée, ou très accessoirement au détour d'une conférence, dans les instituts d'études politiques. Comme s'il n'y avait rien à savoir, rien à apprendre, rien à enseigner. Comme dit celle qui est sortie major de la dernière promotion de l'ENA, «on y a des cours de *new public management*, mais pas un mot sur les conflits d'intérêts ou la déontologie». Le new public management, c'est comment faire travailler des consultants privés pour transformer l'État. La déontologie, c'est autre chose... et cela ne s'enseigne pas.

Conflit d'intérêts, l'expression de l'année 2010. Pourtant, il est difficile de s'y repérer. Comment caractériser ces situations? Culpabilité? Maladresse? Malhonnêteté? Imprudence? Inquisition? Mauvais procès? Corruption? Illégalité? Trafic d'influence? Chasse aux sorcières? Invention médiatique? Fraude? Acharnement politicien? Suspicion légitime ou détournement de la présomption d'innocence?

Si on oscille entre tous ces qualificatifs, c'est peut-être parce que la notion même de conflit d'intérêts a rarement été clarifiée dans le débat public.

Le sujet est délicat à aborder. Marcel Gauchet explique qu'il «réactive le divorce entre le peuple et ses élites[1]».

1. *Le Monde* du 18 juillet 2010.