



HAL
open science

Les conflits d'intérêts en droit public

Guillaume Protière

► **To cite this version:**

Guillaume Protière. Les conflits d'intérêts en droit public. Les conflits d'intérêts, Nov 2011, Fort-de-France, France. pp.115-138. hal-00823917

HAL Id: hal-00823917

<https://hal.science/hal-00823917>

Submitted on 19 May 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les conflits d'intérêts en droit public

Guillaume Protière

Maître de conférences à l'Université Lumière Lyon 2

Centre de droit constitutionnel (Université Jean Moulin Lyon 3)

1. Contexte de multiplication des « affaires » et généralisation de la notion de conflit d'intérêts. – « Les “affaires” surgissant de tous côtés, par les temps qui courent, et nous laissant tout ébaubis »¹, il faut rappeler qu'elles ne sont pourtant pas nouvelles. Chaque période historique a ainsi généré « ses » affaires. « L'exploitation des mines et la création des chemins de fer, avec les expropriations nécessaires, sous la Monarchie de Juillet et le Second Empire (le scandale Teste-Cubières, en 1847, impliquant un ministre de Louis-Philippe contribua à la chute de celui-ci), les grands travaux internationaux à la fin du Second Empire (le canal de Panama !) [... l'affaire des décorations ou l'affaire Stavisky sous la III^e République] : des scandales retentissants correspondent à chacun de ces temps historiques »². La V^e République n'est (évidemment ?!) pas en reste ; son histoire est jalonnée d'« affaires » plus ou moins retentissantes³ parmi lesquelles on peut citer, sans prétendre à l'exhaustivité, l'affaire URBA-GRACO, le Sang contaminé, les marchés truqués de la ville de Paris, les emplois fictifs de la mairie de Paris (affaire pour laquelle l'ancien Président de la République Jacques Chirac a été condamné à deux ans de prison avec sursis pour ingérence et prise illégale d'intérêts⁴) ou, plus récemment, le Médiateur ou l'affaire des sondages de l'Élysée. La vie publique française semble ainsi rythmée par une série de scandales successifs, dont les affaires récentes (parmi lesquelles l'affaire Woerth-Bettencourt constitue le point d'orgue) ne seraient qu'un avatar. Rien de nouveau sous le soleil en somme. Une différence doit toutefois être mentionnée qui tempère une lecture qui serait trop linéaire. Les affaires actuelles, en alimentant le sentiment de confusion entre la gestion de la marche de l'État et celle de la fortune des titulaires des charges publiques⁵, participent en effet à l'introduction d'une notion jusqu'alors étrangère à la vie publique française et à son droit : le *conflit d'intérêts*⁶.

2. Le conflit d'intérêts, une notion inexistante en droit public. – Jusqu'aux affaires récentes, le conflit d'intérêts n'existait pas en droit public. Il n'était pas un instrument courant pour analyser la vie publique et on lui préférerait des notions plus directement en lien avec la conception française du pouvoir : la corruption⁷, le détournement de pouvoir ou, notion qui s'en rapproche le plus, la prise illégale d'intérêts⁸. L'inexistence de la notion de conflit d'intérêts en droit public s'explique largement par les principes fondateurs de l'État républicain en France. La théorie de la souveraineté nationale, longtemps dominante, a eu pour corollaire le développement d'une conception transcendante de l'intérêt général⁹,

¹ Jeanneney (Jean-Noël), « Une histoire des affaires politiques », *Le Monde*, 23 octobre 2011.

² *Ibid.*

³ Pour une vue générale, voir Faligot (Roger), Guisnel (Jean) (Sous la direction), *Histoire secrète de la V^e République*, Paris, La découverte/Poche, 2007.

⁴ Tribunal de grande instance de Paris, 11^e chambre, 3^e section, jugement du 15 décembre 2011, *Ministère public c. Roussin, Chardon, Monier et autres*, n° 9834923017. Disponible sur <http://anticor.files.wordpress.com/2012/01/delibere-proces-chirac-et-consorts-15-12-11.pdf>.

⁵ Conformément à ce propos prêté à Richelieu selon lequel « il est normal que les ministres veillent sur leur fortune en même temps que sur celle de l'État ». Cité en épigramme de son ouvrage par Martin Hirsch in *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, Paris, Stock, Coll. « Parti pris », 2010.

⁶ Martin Hirsch en fait « l'expression de l'année 2010 », in *ibid.*, p. 29.

⁷ Article 432-11 du Code pénal.

⁸ Articles 432-12 et 432-13 du Code pénal.

⁹ Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général. Rapport public 1999*, Paris, La documentation française, 1999.

traduite dans l'exorbitance du droit administratif¹⁰. L'idéal collectif ainsi formulé rend impossible tout conflit d'intérêts (c'est-à-dire tout conflit entre l'intérêt général et l'intérêt privé) à raison de la différence de nature des intérêts en cause (sous-entendu : l'intérêt général, bientôt rebaptisé intérêt public, l'emporte toujours sur l'intérêt privé). Certes, il ne s'agit là que d'une fiction fondatrice et la série de scandales marquant les débuts de la III^e République témoigne de la permanence de la compétition entre l'intérêt général et les intérêts privés¹¹. Malgré cela, cette conception façonne le rôle social de l'État et des titulaires des charges publiques. Elle est renforcée par deux principes fondateurs de la vie publique rendant *a priori* impossible tout conflit d'intérêts. L'État, en tant qu'« honnête homme », est réputé ne poursuivre que l'intérêt général (y compris quand il agit non pas en tant que « État puissance publique » mais en tant que « État personne civile »¹²) tandis que l'activité des titulaires des charges et offices publics (c'est-à-dire aussi bien les élus que les agents publics) est placée sous le sceau du désintéressement. L'ensemble de ces principes politiques singularise l'intérêt général et rend inopérateur, et partant inutile, la notion de conflit d'intérêts en droit public français¹³.

3. La volonté de protéger l'intérêt public. – Ces principes expliquent également pourquoi le droit public français apporte une réponse principalement répressive aux « conflits d'intérêts ». Intérêt réputé noble là où l'intérêt privé peut être assimilé à l'égoïsme (donc à un facteur clivant), le droit entend protéger l'intérêt public de toute démarche instrumentale d'un agent qui chercherait à profiter du service de l'intérêt général pour en tirer bénéfice personnel. Conformément au principe selon lequel « nul ne peut servir deux maîtres »¹⁴, le délit d'ingérence, inséré dès le code pénal de 1810, refondu en délit de prise illégale d'intérêts en 1994¹⁵, doit prévenir tout parasitage de la poursuite de l'intérêt général par un intérêt privé. Ce délit, en conciliant les mythes fondateurs de la vie publique avec la réalité concrète de leur mise en œuvre, retient une conception singulière du « conflit d'intérêts », entendu comme *le dévoiement de l'intérêt général au profit d'un intérêt particulier*. Assimilée à une remise en cause de l'autorité de l'État, la réponse répressive aux « conflits d'intérêts » apparaît la plus adaptée afin de protéger les conditions de l'action publique.

4. Le conflit d'intérêts, une notion qui progresse. – L'équilibre ainsi présenté, s'il permet d'évoquer les principes structurant historiquement la question, ne correspond plus tout à fait à l'état du droit public. L'influence des nouveaux paradigmes de l'action publique

¹⁰ Saillant (Élodie), *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2010, première partie de la thèse.

¹¹ Lascoumes (Pierre), *Une démocratie corrompible. Arrangements, favoritisme et conflits d'intérêts*, Paris, Seuil, Coll. « La République des idées », 2011, pp. 71-72.

¹² Selon la distinction classique au XIX^e siècle. Voir les conclusions du commissaire du gouvernement David sur TC, 8 février 1873, *Blanco, D.* 1873, III, p. 20.

¹³ La conception du conflit d'intérêts semble ainsi dépendre des différentes conceptions nationales du pouvoir et de son organisation. Voir en ce sens la présentation du conflit d'intérêts aux États-Unis d'Amérique, in *Rapport d'information n° 518 fait par le groupe de travail sur les conflits d'intérêts*, Sénat, Session ordinaire 2010-2011, enregistré le 12 mai 2011 à la présidence du Sénat, pp. 33-34.

¹⁴ Évangile selon Matthieu 6, 24. Selon la citation complète « Nul ne peut servir deux maîtres : ou bien il haïra l'un et aimera l'autre, ou bien il s'attachera à l'un et méprisera l'autre. Vous ne pouvez servir Dieu et l'argent ». On trouve une variante dans l'Évangile selon Luc 6, 13 : « Aucun domestique ne peut servir deux maîtres : ou bien il haïra l'un et aimera l'autre, ou bien il s'attachera à l'un et méprisera l'autre. Vous ne pouvez servir Dieu et l'argent ». Citation issues de la *Traduction œcuménique de la Bible*, Paris, Alliance biblique universelle – Le Cerf, 1988.

¹⁵ Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, *JORF*, n° 169, 23 juillet 1992, p. 9 863. Le nouveau code pénal est entré en vigueur le 1^{er} mars 1994.

(école du *public choice* et basculement de l'État-providence vers l'État néolibéral¹⁶) et les mutations de l'action économique de la puissance publique¹⁷ ont favorisé le renouvellement et la convergence des conditions de l'action publique (notamment de l'articulation des rapports entre intérêts public et privés) au niveau européen. Les mutations de la régulation économique sous l'influence des réformes initiées par l'Union européenne ainsi que de l'évolution du contexte international (initiatives de l'OCDE¹⁸ ou du Conseil de l'Europe en ce sens par exemple) ont conduit à faire de la lutte contre les conflits d'intérêts l'une des priorités de l'action publique. Si, pour l'heure, le législateur français ne s'est pas directement emparé de la notion de conflit d'intérêts (il le fait toutefois de manière indirecte quand il organise le régime des autorités de régulation – voir *infra*), la jurisprudence administrative a quant à elle incontestablement participé à ces évolutions (*voir fig. 1*). Au cours des vingt dernières années, la notion de conflit d'intérêts s'affirme progressivement dans la jurisprudence du Conseil d'État, tant quantitativement que qualitativement (elle est progressivement substituée à la prise illégale d'intérêts). L'expression « conflit d'intérêts » apparaît ainsi de manière anecdotique (une mention par an) jusqu'en 2005 tandis que sur la même période (1992-2005), la prise illégale d'intérêts est courante (jusqu'à six mentions par an). Or, depuis 2005, le conflit d'intérêts est non seulement plus souvent mentionné par le juge (jusqu'à onze mentions en 2011¹⁹) mais il supplante la prise illégale d'intérêts qui décroît proportionnellement à sa progression. Le juge semble ainsi acter le changement de contexte (politique et normatif) et l'ensemble de ces éléments justifie que l'on s'interroge sur cette notion en droit public.

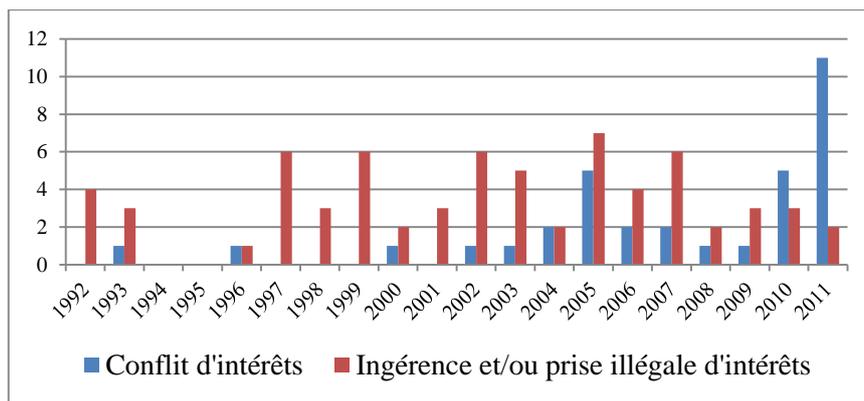


Figure 1. Conflits d'intérêts et prise illégale d'intérêt dans la jurisprudence du Conseil d'État

5. Le conflit d'intérêts, un *conflit*. – Le conflit d'intérêts est avant tout un *conflit*, c'est-à-dire une contradiction marquée entre des intérêts contradictoires et inconciliables. Une telle précision, loin d'être un simple truisme, permet de distinguer le *conflit* d'intérêts du cas de la simple *opposition* d'intérêts. Seuls sont en effet combattus les véritables conflits d'intérêts tandis que ce qui peut apparaître comme une simple opposition est tolérée : le conflit d'intérêts est donc une contradiction d'une certaine intensité. Ainsi que l'écrit la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, l'« idée de

¹⁶ Garapon (Antoine), *La raison du moindre État*, Paris, Odile Jacob, 2010, particulièrement les chapitres 1 et 7. Voir également Dreyfus (Françoise), « La révision générale des politiques publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État ? », *RFAP*, n° 136, 2010, pp. 857-864.

¹⁷ Dreyfus (Jean-David), « Le conflit d'intérêts en droit public (aspects non contentieux) », *LPA*, 17 juin 2002, n° 120, p. 5.

¹⁸ OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans le service public. Lignes directrices de l'OCDE et expériences nationales*, Paris, OCDE, 2005.

¹⁹ À ces onze mentions figurant dans les motifs des décisions, il faut ajouter deux mentions par les parties non reprises par le juge (CE ord. réf., 29 juillet 2011, *Mme Delphine A.*, n° 351226 et CE, 1^{er} décembre 2011, *SAS Laboratoire Jolly-Jatel*, n° 353992).

“conflit” implique que [les] intérêts privés et leur influence potentielle sur les intérêts publics présentent une intensité suffisante pour pouvoir être regardés comme de nature à susciter un doute raisonnable sur l’impartialité de la personne concernée »²⁰. Faute de cela, ils ne rentrent pas dans cette catégorie. L’étude se concentrera donc sur les conflits de forte intensité sans aborder les situations d’opposition d’intérêts²¹.

6. Le conflit d’intérêts, un conflit d’intérêts. – Le conflit d’intérêts oppose deux intérêts antagonistes, dont l’un sera toujours jugé supérieur à l’autre. L’intérêt supérieur sera par définition toujours un intérêt public (intérêt général ou intérêt local), tandis que le second intérêt sera nécessairement personnel à l’agent considéré²². Un tel équilibre élimine la situation du conflit entre intérêts publics²³ qui nous semble relever d’une situation spécifique et s’inscrire dans le champ politique (séparation verticale des pouvoirs) plutôt qu’administratif²⁴. Le conflit d’intérêts opposera donc un intérêt public à l’intérêt propre d’un agent public. Il s’agira ainsi d’une situation « recelant une espèce de capture de la décision administrative par l’intérêt privé ou l’un des intérêts privés auxquels l’autorité administrative est liée »²⁵. En cela, le conflit d’intérêts est à la fois une réalité et une question d’apparence. L’administration devant apparaître « au-dessus de tout soupçon »²⁶, l’apparence compte autant que la réalité du conflit d’intérêts et nul n’est besoin qu’il soit consommé pour être constaté. Le conflit d’intérêts commence en effet dès qu’une situation fait naître le soupçon que des valeurs extérieures à celles qui sont normalement au cœur de l’action publique sont poursuivies ou sont entrées en ligne de compte dans la poursuite de l’intérêt général. Ce soupçon s’avère doublement problématique. Du point de vue des conceptions républicaines classiques, il porte atteinte l’indépendance de l’administration dans l’accomplissement de l’intérêt général. Du point de vue des nouveaux paradigmes de l’action publique, il manifeste une subjectivisation de l’instrumentalisation de l’activité publique, là où l’instrumentalisation doit demeurer objective pour permettre le libre jeu social et économique²⁷. Le conflit d’intérêts apparaît de ce point de vue comme un dysfonctionnement des mécanismes de conciliation des intérêts au cœur de l’action publique susceptible d’altérer sa légitimité.

7. Le conflit d’intérêts, une « question symbolique ». – À travers la lutte contre les conflits d’intérêts, c’est donc la conception et la place de l’administration qui sont en jeu. Le conflit d’intérêts en droit public devient ainsi une question « symbolique » (D. Truchet) au sens plein du terme, puisque son appréhension est consubstantiellement liée à la conception dominante du pouvoir. Lutter contre la prise illégale d’intérêts ou lutter contre les conflits

²⁰ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d’intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, 26 janvier 2011, p. 16.

²¹ Dans le même sens, voir Moret-Bailly (Joël), « Définir les conflits d’intérêts », *D.*, 2011, p. 1100. *Contra* Cuif (Pierre-François), « Le conflit d’intérêts. Essai sur la détermination d’un principe juridique en droit privé », *RTD commercial*, janvier/mars 2005, p. 2.

²² Nous reprenons ici le schéma général esquissé par Pierre-François Cuif, *ibid.*, p. 4.

²³ En ce sens, voir la réponse du ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l’État à la question d’actualité au gouvernement n° 0606G de Mme Nicole Bricq (*JORF Sénat Q.*, 18 février 2011, p. 1547) dans laquelle le ministre affirme que « lorsque quelqu’un cumule la responsabilité d’un exécutif local et celle d’une mission publique nationale [...], nous sommes dans le public-public ».

²⁴ Pour une position contraire et ses implications, voir les études de Jean-Bernard Auby, « Conflits d’intérêts et droit administratif », *D.A.*, décembre 2010, pp. 14-19, études 24 et « Le chantier des conflits d’intérêts », *D.A.*, mars 2011, pp. 1-2, Repère 3. Pour illustrer les ambiguïtés de cette question, voir la question écrite n° 19129 de M. René Vestri (*JORF Sénat Q.*, 23 juin 2011, p. 1627) relative aux conflits d’intérêts dans le cadre des EPCI.

²⁵ Auby (Jean-Bernard), « Conflits d’intérêts et droit administratif », *op. cit.*, p. 15.

²⁶ Moret-Bailly (Joël), *op. cit.*

²⁷ Voir en ce sens Allaire (Frédéric), « Dépasser le droit des marchés publics », *AJDA*, 28 septembre 2009, p. 1696 ou Garapon (Antoine), *op. cit.*, chapitre 1.

d'intérêts ne renvoient pas au même référentiel politique, à la même dogmatique du pouvoir ; la substitution de l'un à l'autre est porteuse de sens et permet de mieux comprendre les valeurs qui structurent l'action administrative. L'émergence des conflits d'intérêts en droit public est en ce sens connexe à l'évolution de la conception du rôle de l'État, particulièrement de son rôle économique. Tandis que pour la conception classique en vigueur depuis le XIX^e siècle, le « conflit d'intérêts » est appréhendé comme une menace pour l'autorité de l'État (**Section I.**), il n'en va plus de même aujourd'hui. Le conflit d'intérêts exprime en ce sens la défiance néolibérale à l'égard de l'État cependant que la lutte contre ces conflits peut être analysée, en réponse, comme la recherche par la puissance publique d'une nouvelle légitimité de son action (**Section II.**).

Section I. Le « conflit d'intérêts », une « atteinte à l'autorité de l'État » : la nécessaire protection de l'intérêt public

8. La probité, nœud de la conception républicaine du « conflit d'intérêts ». – À l'origine, le « conflit d'intérêts » manifeste une violation des principes structurant l'action publique, au premier chef desquels figure le principe de probité de l'agent public (**A.**). Les mécanismes qui garantissent cette probité confirment que sa préservation participe de l'autorité de l'État à travers la protection de l'intégrité du commandement étatique dans la mise en œuvre de la volonté générale (**B.**).

A. Le devoir de probité, gage de la supériorité de l'intérêt public

9. Un devoir pour l'ensemble des acteurs publics. – Les principes structurant la vie et l'action publiques (principe de spécialité de la compétence des personnes publiques²⁸ dans la poursuite de l'intérêt général et principe du désintéressement des agents publics) fondent le devoir de probité de l'ensemble des acteurs publics. Par probité, on entend un devoir de loyauté à l'intérêt poursuivi (principe de spécialité) et l'absence de prise en compte de tout autre intérêt personnel (principe de désintéressement). Le devoir de probité, expression de la moralité publique, implique ainsi l'éthique de chaque agent public et doit empêcher tout dévoiement de l'action publique au service d'une minorité. En ce sens, il est incontestablement lié au principe démocratique contre les tendances oligarchiques²⁹.

10. La probité de l'agent public. – Rompant définitivement avec la vénalité des offices, la bureaucratie étatique postrévolutionnaire se construit sur le principe de probité de l'agent, c'est-à-dire sur sa loyauté à l'État comme condition de la correcte mise en œuvre de la volonté générale qu'il se borne à servir. L'agent doit ainsi se consacrer entièrement et exclusivement à sa tâche sans s'en laisser détourner, ni chercher à l'utiliser pour faire progresser sa fortune (article 25 de la loi du 13 juillet 1983, tel que modifié par la loi du 2 février 2007). Traduisant le « principe général selon lequel les fonctionnaires ne doivent pas se trouver dans une situation telle que leurs intérêts personnels puissent être en contradiction avec les intérêts de l'État ou de la collectivité publique qu'ils représentent »³⁰, l'exigence de probité vise à « sauvegarder l'indépendance des fonctions et [...] maintenir à l'action administrative la neutralité, l'objectivité et la sérénité qui lui impriment la marque indiscutable de l'intérêt

²⁸ Sur ce principe, voir Douence (Jean-Claude), « La spécialité des personnes publiques », *RDP*, 1972, p. 753.

²⁹ Il faut évidemment faire ici un rapprochement avec la formulation de l'actuel article 3 de la Constitution, dernière expression d'une idée présente dès l'article 3 de la Déclaration des droits du 26 août 1789.

³⁰ Avis CE, 17 février 1954, n° 263302, inédit, cité in Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *op. cit.*, p. 26.

général »³¹. Ce faisant, le devoir de probité de l'agent public participe de l'autorité de l'État, puisqu'il assure le dévouement de l'agent à son service. L'État contrôle ainsi les conditions de passage des agents du secteur public vers le secteur privé³², garantissant par là-même leur indépendance à l'égard des opérateurs privés avec lesquels traite l'administration. En ce sens, tout manquement avéré à l'exigence de probité peut conduire à des sanctions, dont la plus grave est la radiation des cadres (ou le licenciement pour un agent contractuel), même si des sanctions aussi lourdes demeurent rares. Le Conseil d'État a ainsi admis la légalité du licenciement d'un agent contractuel qui avait caché qu'il détenait encore des actions dans le capital d'une société présidée par son épouse et dont il devait assurer la surveillance, bien que rien ne prouve qu'il en ait directement profité³³. Simplement son comportement a fait perdurer une situation qui aurait dû cesser et le juge admet que son employeur estime ne plus pouvoir lui faire confiance. À cette aune, le conflit d'intérêts apparaît comme une *sorte de trahison de la confiance accordée* et revêt une dimension morale incontestable.

11. La probité de l'élu. – L'exigence de probité des élus est un truisme démocratique ; elle appelle toutefois trois séries de précisions. Tout d'abord, elle s'impose à l'ensemble des élus, nationaux (parlementaires, Président de la République et par extension le gouvernement) et locaux qui sont tous frappés par une série d'incompatibilités destinées à garantir leur loyauté. L'article 23 de la Constitution et les articles LO. 137 à LO. 153 du Code électoral énumèrent ainsi les incompatibilités frappant les membres de l'Exécutif et les parlementaires³⁴. Si la plupart de ces incompatibilités concernent d'autres fonctions politiques ou publiques et n'entrent pas directement dans la prévention des conflits d'intérêts au sens où on l'entend habituellement, on doit tout de même relever l'interdiction faite aux parlementaires d'exercer les fonctions de dirigeant³⁵ ou de membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance³⁶ d'une société (commerciale ou financière) ou l'interdiction de débiter une fonction de conseil en cours de mandat³⁷ (ce dernier point demeurant l'un des plus sensibles encore aujourd'hui). De leur côté, les incompatibilités touchant les élus locaux³⁸ visent principalement à garantir leur indépendance tant par rapport à l'administration étatique déconcentrée (incompatibilité avec les missions préfectorales ou militaires par exemple) qu'à l'exécutif de la collectivité (impossibilité d'être salarié de la collectivité) et aux pouvoirs économiques locaux (interdiction aux élus d'être « entrepreneurs de services locaux »³⁹). On relèvera que l'ensemble de ces dispositifs sont d'ordre préventif et visent tous à empêcher l'éventuelle tentation des serviteurs élus de l'intérêt public d'en tirer profit individuel. Le régime de prévention des conflits d'intérêts est en ce sens plus étoffé chez les élus locaux dont le régime juridique est beaucoup plus proche de celui des agents publics que de celui des autres élus politiques.

³¹ Conclusions Baudouin sur CE, 24 janvier 1969, *Ministre du Travail c. Syndicat national des cadres des organismes sociaux*, D. 1969, p. 440, citées in Dreyfus (Jean-David), *op. cit.*

³² Pour l'administration civile, voir les missions de la Commission de déontologie créée par l'article 18 de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, *JORF*, n° 31, 6 février 2007, p. 2160. Pour les militaires, se reporter aux articles R. 4122-19 et suivants du Code de la défense.

³³ CE, 31 juillet 2009, *M. Peter A.*, n° 299959, inédit au *Recueil Lebon*.

³⁴ Sur les conflits d'intérêts mettant en cause les parlementaires et les remèdes adoptés, voir Mekki (Mustapha), « Les conflits d'intérêts : prévenir et guérir », *JCP éd. G.*, n° 24, 13 juin 2011, pp. 1130-1133.

³⁵ Article LO. 146 du Code électoral.

³⁶ Article LO. 147 du Code électoral.

³⁷ Article LO. 146-1 du Code électoral. Il s'agit là d'un des principaux enjeux de la lutte contre les conflits d'intérêts au Parlement, ainsi que le relève le *Rapport d'information n° 518...*, *op. cit.*, pp. 86-88.

³⁸ Il s'agit des articles L. 206 et L. 207 (conseillers généraux), L. 237 et L. 237-1 (conseillers municipaux et L. 342 et L. 343 (conseillers régionaux) du Code électoral.

³⁹ Voir par ex. en matière de sociétés d'économie mixte, l'article L. 1524-5 CGCT ou l'article L. 343 du Code électoral qui interdit à un conseiller régional d'être simultanément « entrepreneur des services régionaux ».

12. La probité de la décision : le détournement de pouvoir. – Finalement, il ressort des développements précédents que le droit public français est organisé afin d'éviter que les agents publics détournent le pouvoir qui leur a été confié. En ce sens, le détournement de pouvoir constitue depuis longtemps l'un des quatre cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir (légalité interne de l'acte attaqué). Issue d'une jurisprudence ancienne et constante⁴⁰, le détournement de pouvoir s'entend de toute utilisation d'une prérogative administrative dans un autre but que celui pour lequel elle a été conçue. On doit alors relever qu'il en existe deux formes principales, selon que l'intérêt réellement poursuivi est un intérêt privé⁴¹ ou un intérêt public différent de celui normalement visé⁴². Indépendamment de cette différence, le détournement de pouvoir implique souvent la concurrence entre l'intérêt général et un intérêt de nature économique (qu'il soit propre à l'agent ou relève de la collectivité), conformément aux thématiques contemporaines du conflit d'intérêts. Ce double constat confirme que le droit public a entrepris de développer des moyens propres de préservation-protection de l'intérêt général centrés sur le devoir de probité des serviteurs de l'intérêt général. La loyauté apparaît ainsi comme l'enjeu du « conflit d'intérêts » en ce qu'elle assure l'absence d'altération du régime politique (garantie des conditions d'expression de la volonté générale) et de l'action administrative (conditions de mise en œuvre de la volonté générale). Dès lors, on comprend mieux l'économie classique du droit français en la matière : des principes préventifs expriment les fondements de l'action publique et un volet répressif sanctionne les éventuels égarements.

B. Les sanctions des manquements au devoir de probité, la protection de l'intégrité de la volonté générale

13. Les sanctions des manquements au devoir de probité. – Les sanctions aux manquements au devoir de probité relèvent à la fois du droit administratif et du droit pénal. L'ensemble des réponses contentieuses cherche à préserver la légitimité de la décision prise afin que les éventuels errements d'un agent public n'entachent pas l'action de la puissance publique. Les contentieux administratif et pénal sont ainsi complémentaires ; l'ordre administratif envisage la situation d'un point de vue objectif (contrôle de la légalité du processus décisionnel et de la décision) alors que le juge pénal l'appréhende d'un point de vue subjectif en sanctionnant l'élu fautif (prise illégale d'intérêts).

14. Les sanctions administratives et politiques aux atteintes au processus décisionnel. – Avant d'envisager la délibération administrative, il semble nécessaire de remarquer la spécificité de la délibération parlementaire. La faiblesse des dispositifs touchant les parlementaires met en effet en évidence un paradoxe : si l'on admet, selon la position classique du régime représentatif, que la volonté générale, et partant l'intérêt général, ne préexistent pas à son énonciation par la représentation nationale, la lutte contre le conflit d'intérêts est un non-sens, le parlementaire ne pouvant pas, au moment du processus délibératif, être en situation de conflit d'intérêts, du fait même de l'inexistence *a priori* de l'intérêt général. Un tel constat appelle deux remarques. Il confirme tout d'abord que le système politico-administratif français a su développer une approche du « conflit d'intérêts » respectueuses de ses principes structuraux. Ensuite, il ne faut pas en déduire l'inexistence de

⁴⁰ CE, 26 novembre 1875, *Pariset, Leb.* p. 934.

⁴¹ À titre d'exemple, CE, 14 mars 1934, *Dlle Rault, Leb.* p. 337.

⁴² Il peut s'agir de la poursuite d'un intérêt financier en lieu et place d'un intérêt d'ordre public dans le cadre d'une mesure de police administrative – CE, 26 novembre 1875, *Pariset, préc.*

tout « conflit d'intérêts » impliquant les parlementaires. Seulement, celui-ci ne pourra pas, sauf à distordre le principe représentatif, concerner la loi en cours d'adoption (il ne peut donc constituer un vice de la constitutionnalité externe de la loi). Sera en revanche possible le conflit entre l'intérêt personnel du parlementaire et un intérêt public (l'intérêt général, l'intérêt de l'État⁴³ voire l'intérêt de l'organe parlementaire auquel il appartient). En conséquence, ne sont sanctionnés que les comportements délibérément déloyaux en ce que le parlementaire utilise son mandat pour promouvoir ses intérêts personnels. Délaissant l'appréhension pénale, le « conflit d'intérêts » n'est plus alors envisagé qu'à l'aune de considérations politiques et la sanction normale est la démission du parlementaire.

De son côté, la délibération locale est entachée d'illégalité dès lors qu'un conseiller intéressé à une affaire y a pris part et y a exercé une influence réelle (art. L. 2131-11 CGCT⁴⁴). La jurisprudence administrative a retenu une acception assez large des intérêts en cause qui peuvent être familiaux, professionnels, financiers ou encore personnels, le motif professionnel étant le plus fréquent⁴⁵. Le législateur et le juge administratif veillent ainsi à prévenir les situations ambiguës afin de garantir l'honnêteté du processus décisionnel public et de protéger l'autorité de la décision administrative.

15. La sanction pénale : la prise illégale d'intérêts. – Outre la réponse administrative, le manquement aux obligations de probité entraîne pour l'agent un risque pénal. L'utilisation d'une charge publique au bénéfice d'un intérêt privé est susceptible d'occasionner sa condamnation pour « prise illégale d'intérêts ». Codifiée aux articles 432-12 et 432-13 du code pénal, la prise illégale d'intérêts se décline en deux versions (la prise illégale d'intérêts *stricto sensu* et le délit de pantouflage⁴⁶) qui constituent des « crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique » et, plus précisément, contre « l'autorité de l'État » à raison du « manquement au devoir de probité [...] par des personnes exerçant une fonction publique »⁴⁷. Délit ancien (on le trouve dès le code pénal de 1810 sous la forme d'un délit d'ingérence⁴⁸), la prise illégale d'intérêts sanctionne pénalement une violation de la moralité publique ou de l'éthique de l'action publique. En manquant à son devoir de loyauté à l'égard de la puissance publique, l'agent fautif porte en effet atteinte à l'autorité de l'État en ce sens que son action met en cause la légitimité de l'action publique, risquant d'entraîner la contestation sociale de la décision prise et de créer un trouble à l'ordre public. La réponse pénale est en ce sens la seule envisageable.

16. Les conditions de mise en œuvre de la prise illégale d'intérêts. – Selon l'article 432-12 du code pénal, « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ». La prise illégale d'intérêts implique ainsi la

⁴³ À titre d'exemple, voir l'affaire des décorations sous la III^e République.

⁴⁴ Voir également, dans le même code, les articles L. 2122-26 (maire intéressé), L. 2541-17 et 2541-18 (municipalité intéressée), LO. 6242-4, LO. 6342-4, L. 6452-4 (élus intéressés à Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon) et R. 2221-8 (membres intéressés de l'organe délibérant d'une région).

⁴⁵ Sur cette question, voir Maillot (Jean-Marc), « La notion d' élu "intéressé" dans le droit des collectivités locales », *JCP G.*, n° 27, 5 juillet 2000, pp. 1309-1315.

⁴⁶ Sur ce délit, voir Lasserre-Capdeville (Jérôme), « Le délit de "pantouflage" », *AJCT*, 2011, p. 39.

⁴⁷ L'ensemble de ces citations reprend les titres des découpages du code pénal dans lesquels est intégrée la prise illégale d'intérêts. Voir Livre IV, Titre III, Chapitre II, Section 3 du Code pénal.

⁴⁸ Sur l'historique de ce délit, voir Segonds (Marc), « Prise illégale d'intérêts », *Répertoire pénal Dalloz*, octobre 2006, p. 3.

réunion de deux conditions : *primo*, il faut posséder la qualité d'agent public et être dépositaire de l'autorité publique, chargé d'une mission de service public ou investi d'un mandat électif. Le juge pénal a retenu une acception large de cette disposition, qui inclut aussi bien les élus locaux⁴⁹, les exécutifs locaux⁵⁰, les présidents d'organismes consulaires⁵¹ que les directeurs d'entreprise publique⁵². « Sont visés “tous ceux qui participent à l'exercice de fonctions publiques, qu'ils soient ou non titulaires d'une parcelle de puissance publique” »⁵³ ; ce qui confirme que la prise illégale d'intérêts constitue le versant répressif du principe de désintéressement qui frappe tout agent public. *Secundo*, ces agents publics doivent assurer la surveillance de l'entreprise considérée. Ce critère sanctionne toute « partialité fonctionnelle »⁵⁴ de l'agent, c'est-à-dire toute situation « où l'agent public “joue à la fois les deux rôles incompatibles de surveillants et de surveillés” »⁵⁵. En retenant une acception large de l'intérêt personnel en cause (celui-ci n'a pas besoin d'aboutir pour entraîner la sanction pénale), le juge pénal établit un pont vers la jurisprudence administrative de l' élu intéressé qu'il assimile pour partie⁵⁶. Le juge pénal a ainsi eu tendance à assouplir la notion de prise illégale d'intérêts, tant en retenant une conception large de l'intérêt en question qui peut être pécuniaire ou « de nature politique ou électorale, morale, familiale ou affective »⁵⁷ qu'en admettant que le caractère indirect⁵⁸ de l'intérêt en cause suffit à constituer le délit. Réduisant quasiment le délit à son seul caractère intentionnel, la Chambre criminelle de la Cour de cassation énonce ainsi que « l'infraction est constituée même s'il n'en résulte ni profit pour les auteurs ni préjudice pour la collectivité [...] le dol général caractérisant l'élément moral du délit résulte de ce que l'acte a été accompli sciemment »⁵⁹. Condamnant tout « abus de fonction », le juge, à l'instar du législateur, « fait preuve de rigueur, exigeant des agents publics [...] la plus grande probité, dans la plus pure tradition du Droit romain. Comme la femme de César, [ils] doivent être insoupçonnables »⁶⁰. Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de ce durcissement de la jurisprudence, les condamnations sous ce chef d'inculpation demeurant assez rares⁶¹.

17. La protection de l'intégrité de l'intérêt public. – Tant la jurisprudence administrative que la jurisprudence pénale sont orientées vers la protection de l'intégrité de l'intérêt public qui ne peut être parasité ou vampirisé par la poursuite d'un intérêt particulier. L'économie générale du droit français, telle qu'elle ressort des développements précédents, ainsi que la faiblesse concrète de la sanction pénale et administrative des situations litigieuses, renvoient à une certaine conception de la puissance publique fondée sur l'admission de l'autorité de l'État

⁴⁹ Pour un conseiller municipal, Cass. Crim., 2 février 1988, *Bull. crim.* n° 51.

⁵⁰ Pour un maire, Cass. Crim., 7 mai 1998, *Balkany*, n° 97-81108 ou TGI Paris, 15 décembre 2011, *Roussin...*, préc.

⁵¹ Pour le Président d'une CCI, Cass. Crim., 25 novembre 1985, *Bull. crim.* n° 370.

⁵² Pour le directeur d'une SAFER, Cass. Crim., 5 novembre 1998, n° 97-80410.

⁵³ F. Colcombet, Rapport, t. 1, Exposé général – Examen des articles, Doc. AN 1991/1992, n° 2244, p. 150, cité in Segonds (Marc), *op. cit.*, pp. 4-5.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁵ E. Garçon, Code pénal annoté, par M. Rousselet, M. Patin et M. AnceL, t. 1, 2e éd., 1952, Sirey, n° 9, cité in *ibid.* p. 9.

⁵⁶ Lasserre-Capdeville (Jérôme), « La prise illégale d'intérêts : un délit au champ d'application élargi », *AJCT*, 2011, base électronique Dalloz.

⁵⁷ Fleury (Benoit), « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois. La prise illégale d'intérêt redéfinie : vrai problème, fausse solution ? », *JCP A.*, n° 27, 5 juillet 2010, p. 6.

⁵⁸ Cass. Crim., 22 novembre 2002, *JCP A.*, n° 25, 16 juin 2003, comm. 1589, W. Jeandidier.

⁵⁹ Cass. Crim., 22 octobre 2008, n° 08-82068, *Droit pénal*, 2009, comm. 3, M. Véron.

⁶⁰ Jeandidier (Wilfrid), « La prise illégale d'intérêts indirecte par un élu », *JCP A.*, n° 25, 16 juin 2003, 1589, p. 822.

⁶¹ De l'ordre d'une quarantaine de condamnations par an, impliquant une quinzaine d'élus selon les chiffres fournis par Benoit Fleury, *op. cit.*, p. 6.

comme fondement de l'action publique. Cette conception s'est toutefois progressivement trouvée questionnée par l'évolution du rôle de l'État et de ses rapports avec les opérateurs privés.

D'inutile, le conflit d'intérêts devient incontournable pour renforcer la légitimité d'un État largement remis en cause.

Section II. Le conflit d'intérêts, enjeu de la reconstruction de la légitimité de l'État

18. La défiance populaire et l'État exemplaire. – La fin du XX^e siècle a été marquée par la montée du sentiment de défiance à l'égard de l'État, dont l'action se trouve de plus en plus contestée. Les dysfonctionnements qui ont frappé l'État depuis les années 1970 ont contribué à décrédibiliser l'action publique tout en appelant des solutions nouvelles. L'influence néolibérale est ici incontestable en ce sens que ce courant n'a eu de cesse de railler l'interventionnisme étatique aussi bien en réanimant (et en renouvelant) la défiance populaire au creuset du libéralisme politique qu'en promouvant une nouvelle conception du pouvoir basée sur l'affaiblissement de l'exorbitance des personnes publiques, dont le régime juridique se rapproche de celui des opérateurs privés⁶². Favorisant le basculement « vers un droit public de l'économie de marché »⁶³, ces évolutions fournissent un terreau favorable à la notion de conflit d'intérêts, dont la mention en droit public émerge concomitamment et alors que rien ne permet de dire que l'éthique de la République est davantage malmenée qu'auparavant. Simplement, le ressenti a évolué⁶⁴ et il semble nécessaire d'adapter le corpus normatif aux nouveaux enjeux. En ce sens, l'affirmation du conflit d'intérêts paraît répondre à une demande sociale de déontologie, que les mécanismes – défaillants – de responsabilité politique de la V^e République ne satisfont plus. La « chasse aux conflits d'intérêts » qui s'ouvre est ainsi fondée sur la recherche d'une nouvelle éthique publique (A.) et implique l'intégration de la notion de conflit d'intérêts au droit public (B.).

A. La chasse aux conflits d'intérêts, la recherche d'une nouvelle éthique publique

19. Contexte d'irresponsabilité et crise de l'éthique publique sous la V^e République. – Si le nombre d'affaires politiques ne paraît *a priori* pas singulariser la V^e République⁶⁵, il n'en est pas de même de l'impression d'irresponsabilité qui grandit dans l'opinion publique et que relaye la doctrine⁶⁶. La III^e et la IV^e République, frappées du mal inverse, en connaissait sans doute un trop plein, ainsi que l'illustre la fragilité de leurs différents gouvernements.

⁶² Voir par exemple la progressive application du droit de la concurrence aux personnes publiques à partir de la décision *Société Million et Marais* (CE Sect., 3 novembre 1997, *Leb.* p. 406 concl. Stahl) ou l'évolution du principe de non concurrence des initiatives publique et privée (CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Leb.* p. 272 ; *RFDA* 2006.1048, concl. Casas).

⁶³ Clamour (Guylain), « Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », *JCP A.*, 29 octobre 2007, étude 2286, p. 48.

⁶⁴ On peut ici rapprocher la France de la situation nord-américaine. Selon Élisabeth Zoller, la dureté de la législation nord-américaine contre les conflits d'intérêts s'explique, outre la différence de conception de la démocratie, par l'« *effondrement des repères moraux dans la société civile* » qui « *semble avoir généré dans l'opinion une surenchère dans la moralité exigée de la société politique* » Cité in *Rapport d'information n° 518...*, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁵ Jeanneney (Jean-Noël), *op. cit.*

⁶⁶ À propos de l'affaire dite des « sondages de l'Élysée » (affaire récente relative à la responsabilité pénale des collaborateurs du chef de l'État), plusieurs auteurs pointent du doigt le possible retour « à la raison d'État » (Olivier Beaud, « L'extension de l'immunité pénale aux collaborateurs du président. Un retour à la raison d'État ? », *D.*, 8 décembre 2011, n° 43, pp. 2946-2953) ou « à la Constitution de l'An VIII » (Pascale Gonod, « Retour à la Constitution de l'An VIII ? », *AJDA*, 2011, p. 2313).

Rien de tel depuis 1958 ; la responsabilité politique des gouvernants est trop rarement mise en œuvre pour être perçue comme effective et efficace. Devenue pratiquement impossible à engager (pour le gouvernement) ou engagée de façon bien insatisfaisante (car trop ponctuelle) lors du scrutin présidentiel, la responsabilité politique et, avec elle le principe d'imputation, moteurs de notre démocratie représentative, se meurt... Cela explique sans doute pourquoi les affaires sont aujourd'hui perçues de manière beaucoup plus aiguë et sont de moins en moins tolérées. En ce sens, les canaux subsidiaires de mise en œuvre de la responsabilité des gouvernants, qu'ils soient judiciaires ou médiatiques⁶⁷, renforcent l'impression d'un dysfonctionnement bien plus qu'ils ne la résorbent. L'éthique publique est en crise et appelle de nouvelles solutions pour garantir le bon comportement des agents publics (*lato sensu*).

20. Les conflits d'intérêts, préoccupation des États européens. – L'émergence des conflits d'intérêts comme préoccupation centrale de la vie publique n'est pas propre à la France. Face à ce véritable « défi pour la gouvernance »⁶⁸, tant l'OCDE que le Conseil de l'Europe (à travers les travaux de la Commission de Venise) ont invité leurs membres à définir un corpus garantissant la bonne conduite des agents publics⁶⁹. L'Union européenne a, elle aussi, incité à la clarification de ce point tant dans son fonctionnement interne⁷⁰ que dans le cadre des processus d'adhésion de certains États⁷¹. À leur suite, de nombreux États ont adopté une législation de lutte contre les conflits d'intérêts. Il ne faut donc pas manquer de souligner l'influence très forte des institutions internationales dans l'inscription de cette problématique à l'agenda public. La Commission européenne pour la démocratie (dite Commission de Venise) rend ainsi de très nombreux rapports sur les différents projets législatifs nationaux, invitant les États à modifier leur projet afin de correspondre aux standards du Conseil de l'Europe⁷². Ce faisant, les institutions internationales participent à un travail de standardisation de la notion de conflit d'intérêts dans les différents droits nationaux, les définitions de même que les outils retenus étant *in fine* assez proches. Cette évolution, si elle traduit une certaine convergence des conditions de l'action publique et des agendas politiques des démocraties européennes, soulève tout de même une série d'interrogations ; elle semble en effet promouvoir une conception de l'intérêt public beaucoup plus proche de la conception anglo-saxonne que de la tradition française⁷³, invitant le droit français à un effort d'évolution.

21. De la probité à l'impartialité. – La notion de conflit d'intérêts introduit une rupture dans l'appréhension de l'éthique de l'action publique. Jusqu'à présent, celle-ci reposait sur la notion de probité de l'agent public ; concentrée sur le rapport entre l'agent et l'État, elle était

⁶⁷ Coicaud (Jean-Marc), « Légitimité et responsabilité des gouvernants. Réflexions sur l'évolution de la culture démocratique », in Beaud (Olivier), Blanquer (Jean-Michel) (Sous la direction), *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes et Cie, Coll. « Droit », 1999, p. 102. Voir également Beaud (Olivier), Blanquer (Jean-Michel), « Le principe d'irresponsabilité. La crise de la responsabilité politique sous la V^e République », *Le Débat*, 108, janvier – février 2000.

⁶⁸ OCDE, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁹ Le rapport *Sauvé* fait ainsi de très nombreuses références aux travaux de l'OCDE en la matière dont il s'inspire ponctuellement.

⁷⁰ Code de conduite approuvé le 24 novembre 2004 (SEC (2004) 1487/2), actuellement en cours de révision, notamment cité in Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *op. cit.*, p. 56.

⁷¹ À propos de la Roumanie, voir Tusseau (Guillaume), « L'exigence de déontologie publique est-elle constitutionnelle ? Chronique de jurisprudence étrangère », *RFDA*, 2011, p. 611.

⁷² À titre d'exemple, voir l'avis relatif au projet de loi sur la prévention des conflits d'intérêts dans les institutions de la Bosnie-Herzégovine (n° 560/2009, CDL-AD(2010)018, 4 juin 2010) ou l'avis relatif au projet de loi sur le conflit d'intérêts en Moldova (n° 456/2007, CDL-AD(2007)044, 14-15 décembre 2007).

⁷³ Sur cette distinction, voir Conseil d'État, *L'intérêt général*, *op. cit.*

ainsi appréhendée de façon endogène à l'administration sans tenir compte de l'utilisateur ou des citoyens, un peu comme si l'éthique publique n'était qu'un problème de fonctionnement interne à la puissance publique. La notion de conflit d'intérêts, envisagée comme moyen de surmonter la défiance qui frappe l'action publique et sous l'influence des organisations internationales, se traduit par un changement de focale ; la « chasse aux conflits d'intérêts » est désormais motivée par la volonté de revaloriser l'État aux yeux des citoyens et des administrés en leur assurant la parfaite « intégrité des décisions publiques »⁷⁴. Il n'est en ce sens pas anodin que la réglementation concernant les éventuels conflits d'intérêts s'inscrive dans une politique d'impartialité de la décision, qu'il s'agisse de la participation des experts au sein des autorités administratives indépendantes⁷⁵, de la procédure de passation des contrats de la commande publique⁷⁶ ou de la procédure administrative contentieuse⁷⁷. L'exigence d'impartialité de la décision administrative s'affirme ainsi progressivement comme la condition nécessaire à toute modernisation de l'administration. Le conflit d'intérêts n'apparaît alors que comme le dernier avatar d'une politique beaucoup plus générale par laquelle l'État entend rassurer la population quant à l'impartialité de son action. Une telle politique appelle deux remarques. Tout d'abord, au-delà de l'évidence affichée, elle conditionne la manière dont les conflits d'intérêts seront traités. Trois types de solutions sont en effet envisageables : « la déchéance qui emporte un choix entre les deux intérêts ; la neutralisation qui passe par une abstention de faire *in concreto* ; et la publicisation qui suppose des formes de transparence »⁷⁸. Si le principe d'impartialité est *a priori* compatible avec les trois types de solutions, la conception objective retenue par l'État conduit naturellement à privilégier la politique de transparence, dont la perspective s'accorde avec le dessein de la politique publique engagée. En cela, deuxième remarque, elle conduit à ce que le principe d'impartialité évolue de façon substantielle. Composante classique de la légalité de la décision administrative⁷⁹ que le Conseil d'État a affirmée depuis longtemps⁸⁰ et élevée au rang de principe général du droit⁸¹, l'impartialité devient une exigence plus générale de transparence et de neutralité (au sens de garantie du caractère non-confiscatoire au profit des

⁷⁴ Avis relatif au projet de loi sur la prévention des conflits d'intérêts dans les institutions de la Bosnie-Herzégovine, préc., § 22.

⁷⁵ À titre d'exemples, voir l'article L. 5323-4 du Code de la santé publique (à propos des agents contractuels de l'Agence française de sécurité sanitaire), les articles L. 621-2 et L. 234-132 du Code monétaire et financier (respectivement relatifs aux incompatibilités frappant le Président de l'Autorité des marchés financiers et à celles visant les membres du conseil de surveillance des fonds de placement immobilier), l'article L. 461-2 du Code de commerce (à propos des intérêts détenus par les membres de l'Autorité de la concurrence) ou l'article 132-2 du Code de l'énergie (à propos des incompatibilités frappant les membres de la commission de régulation de l'énergie).

⁷⁶ Voir, à titre d'exemple, les articles 1 et 288 du Code des marchés publics (à propos du principe de transparence) et les mettre en relation avec les exigences de publicité et de concurrence imposées pour la passation des marchés publics.

⁷⁷ La juridiction administrative a adopté une Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative (janvier 2012) dans laquelle elle définit les conflits d'intérêts comme « 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 » (disponible sur le site internet du Conseil d'État : http://www.conseil-etat.fr/media/document/RH/mep_charte_deontologie_web.pdf). Pour une présentation synthétique de la Charte, voir de Montecler (Marie-Christine), « Une charte déontologique pour la juridiction administrative », *AJDA*, 23 janvier 2012, p. 72.

⁷⁸ Mattarella (Bernardo Giorgio), « Le régime juridique du conflit d'intérêts. Éléments comparés », *RFAP*, 2010, n° 135, p. 647.

⁷⁹ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁸⁰ CE Sect., 2 mars 1973, *Mlle Arbousset, Leb.* p. 190.

⁸¹ CE Ass., 9 décembre 1999, *Didier, Leb.* p. 399.

gouvernants ou des classes sociales auxquelles ils appartiennent⁸²) de l'action publique. La revalorisation de l'action publique entreprise reposera donc sur le renforcement de la transparence de la puissance publique, gage de son impartialité.

22. La transparence au service de l'impartialité (1). Le Parlement. – Les dispositifs parlementaires sont particulièrement illustratifs de cette philosophie générale de la politique de lutte contre les conflits d'intérêts. Les deux Chambres du Parlement français ont en effet chacune cherché à lever les doutes qui peuvent peser sur les parlementaires en introduisant une série de dispositifs tous articulés autour de la notion de transparence. L'Assemblée nationale a ainsi adopté un Code de déontologie⁸³ énonçant les grands principes, mêlant morale individuelle et éthique politique, que les députés sont tenus de respecter : respect de l'intérêt général, indépendance, objectivité, responsabilité, probité et exemplarité. De portée large et abstraite, on relèvera que ce code ne comporte pas de définition de la notion de conflit d'intérêts, maintenant intacte, au moins du point de vue formel, l'impossibilité d'un tel conflit lors de la délibération de la loi (cf. *supra* § 14) ; en revanche, ce code revient à admettre, au moins implicitement, les possibles pressions socioéconomiques dont le député doit se départir. Afin de concrétiser cette nouvelle exigence éthique, les députés devront également rédiger une déclaration d'intérêts au moment de leur prise de fonction afin d'établir clairement les intérêts possédés susceptibles d'interférer dans leur tâche parlementaire. Cette déclaration ne sera toutefois pas publique mais soumise au déontologue à l'Assemblée nationale (créé pour l'occasion⁸⁴) ; elle revêt donc un caractère semi-privé, les velléités de transparence se heurtant au nécessaire respect de la vie privée des parlementaires. Enfin, l'Assemblée nationale exige désormais que les cadeaux adressés aux parlementaires soient inscrits sur un registre consultable auprès du déontologue de l'Assemblée nationale. De son côté, le Sénat a été plus long à réagir. Si un groupe de travail a œuvré au cours de l'hiver 2010 et du printemps 2011 et ouvert des pistes intéressantes de réflexion⁸⁵, la proximité des échéances électorales a conduit à repousser toutes décisions. Ce n'est donc qu'en décembre 2011 que le Bureau du Sénat a finalement adopté une série de mesures. Tout d'abord, afin de promouvoir les principes de la déontologie parlementaire⁸⁶, les sénateurs seront désormais soumis à l'obligation de rédiger une déclaration d'activités et d'intérêts publiée sur le site internet de la Haute Assemblée dans une version expurgée des informations relatives aux proches des sénateurs⁸⁷. Ces déclarations (dans leur version complète) seront également soumises à la délégation du Bureau en charge des conditions d'exercice du mandat de sénateur. Par ailleurs, les membres du Sénat devront désormais déclarer les cadeaux, dons et avantages d'un montant supérieur à 150 euros qu'ils recevront. Afin d'assurer la correcte application de ces dispositifs, le Comité de déontologie

⁸² En ce sens, la promotion du conflit d'intérêts s'insère dans un contexte beaucoup plus général de renouvellement des conditions de la représentation ; la défiance à l'endroit des gouvernants apparaît ainsi d'autant plus forte qu'ils semblent « socialement non représentatifs ».

⁸³ Décision du bureau de l'Assemblée nationale, 6 avril 2011. Disponible sur le site de l'Assemblée nationale ; consulté le 23 janvier 2012.

⁸⁴ Décision du bureau de l'Assemblée nationale, 6 avril 2011. Jean Gicquel a été nommé déontologue de l'Assemblée nationale par une décision du bureau de l'Assemblée nationale du 15 avril 2011.

⁸⁵ Voir les quarante propositions présentées par la Commission des lois : « Prévenir effectivement les conflits d'intérêts pour les parlementaires », communiqué de presse du 26 mai 2011. Disponible sur le site du Sénat ; consulté le 23 janvier 2012. Voir également le *rapport d'information n° 518...*, *op. cit.*

⁸⁶ Selon le Comité de déontologie parlementaire du Sénat, ces principes sont : la dignité, l'indépendance, l'intégrité, l'assiduité, l'égalité et la laïcité (Communiqué du 13 octobre 2010, Bureau du Sénat. Disponible sur le site du Sénat ; consulté le 23 janvier 2012). Ces principes sont incontestablement plus larges que ceux consacrés dans le Code de déontologie de l'Assemblée nationale.

⁸⁷ Décision du bureau du Sénat, 14 décembre 2011. Disponible sur le site du Sénat. Consulté le 23 janvier 2012.

parlementaire du Sénat⁸⁸ pourra être saisi par le Bureau ou le Président du Sénat de toute situation ambiguë.

Chacune des deux Chambres a ainsi cherché à se doter d'outils modernes conciliant l'exigence éthique et les principes classiques du fonctionnement parlementaire. Aussi, si l'on peut sans doute regretter qu'elles ne soient pas davantage curatives⁸⁹, l'ensemble des ces mesures marque néanmoins un incontestable premier pas vers une plus grande transparence du travail des parlementaires.

23. La transparence au service de l'impartialité (2). L'Exécutif. – De son côté, l'Exécutif a également cherché à promouvoir un comportement plus transparent, gage de son « exemplarité » et de son impartialité⁹⁰ ; le Premier ministre a ainsi adopté une série de circulaires précisant les règles applicables aux collaborateurs de cabinet⁹¹, aux dépenses susceptibles d'être prises en charge par l'État⁹², aux incompatibilités entre les fonctions de membre du gouvernement et certaines activités à caractère professionnel⁹³, en matière de transparence financière⁹⁴, à la gestion des cadeaux offerts aux membres du gouvernement ou à leur conjoint⁹⁵ et aux déplacements ministériels dans les départements ou les régions⁹⁶ et à l'étranger⁹⁷. L'abondance des circulaires adoptées traduit un réel effort de transparence de la part de l'Exécutif qui entend affirmer clairement que les titulaires du pouvoir seront exemplaires et ne serviront que l'intérêt général, pas leurs intérêts propres. On relèvera toutefois, pour la regretter, la faiblesse normative des textes mettant en œuvre cette politique de transparence. Celle-ci n'est pas anodine puisque le Premier ministre a été obligé d'adopter des circulaires de rappel à l'ordre dans le courant de l'année 2010⁹⁸ (soit en plein cœur de l'affaire Woerth-Bettencourt...). L'effort de transparence pour être efficace doit donc s'accompagner d'une réalité normative et d'une forte volonté de l'organe en cause⁹⁹, faute de laquelle il demeure un vœu pieu. En ce sens, le luxe de détails résultant des différentes circulaires, loin d'être anecdotique, démontre que le conflit d'intérêts, « poison de la vie

⁸⁸ Ce comité a été créé par l'arrêté n° 2009-86 du 25 novembre 2009.

⁸⁹ Mekki (Mustapha), *op. cit.*, pp. 1130-1133.

⁹⁰ La « démocratie irréprochable » évoquée par Nicolas Sarkozy lors de son discours du Congrès de l'UMP le 14 janvier 2007 fournit les racines idéologiques de la revendication d'exemplarité de l'Exécutif, et partant de l'État, ainsi que le rappelle le site internet de la présidence de la République : « le Président veut créer une République exemplaire et une démocratie irréprochable ». « La modernisation des institutions », Site de la présidence de la République ; consulté le 23 janvier 2012.

⁹¹ Circulaire n° 5223/SG du 18 mai 2007 relative aux collaborateurs de cabinet.

⁹² Circulaire n° 5224/SG du 18 mai 2007 relative aux dépenses susceptibles d'être prises en charge par l'État.

⁹³ Circulaire n° 5226/SG du 18 mai 2007 relative aux incompatibilités entre les fonctions de membre du gouvernement et certaines activités à caractère professionnel.

⁹⁴ Circulaire n° 5227/SG du 18 mai 2007 relative au respect des règles en matière de transparence financière.

⁹⁵ Circulaire n° 5228/SG du 18 mai 2007 relative à la gestion des cadeaux offerts aux membres du gouvernement ou à leur conjoint.

⁹⁶ Circulaire n° 5229/SG du 18 mai 2007 relative aux déplacements ministériels dans les départements ou les régions.

⁹⁷ Circulaire n° 5230/SG du 18 mai 2007 relative aux déplacements à l'étranger des membres du gouvernement et accueil en France des hautes personnalités étrangères.

⁹⁸ Circulaire n° 5477/SG du 2 juillet 2010 relative aux dépenses des membres du gouvernement et circulaire n° 5478/SG relative à l'État exemplaire (instructions concernant les cabinets ministériels et les personnalités en mission).

⁹⁹ La Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative paraît *a priori* fournir un excellent contre-exemple à la pratique de l'Exécutif. Texte dépourvu de toute réelle normativité, elle précise les grands principes applicables aux magistrats administratifs, qu'elle éclaire de « bonnes pratiques » qui vont parfois plus loin que les textes en vigueur (sur l'interdiction du cumul des activités de magistrat et des expertises et consultations par ex. ou sur les cadeaux tolérés...). Cette Charte devrait ainsi permettre de renforcer la légitimité, déjà très forte, des décisions rendues par les juridictions de l'ordre administratif.

publique »¹⁰⁰, est désormais l'ennemi public numéro Un que les gouvernants entendent combattre...

Le caractère ponctuel, et parfois insatisfaisant, de ces différentes initiatives a néanmoins incité à une réflexion plus générale afin d'intégrer la notion de conflit d'intérêts au droit public français et de tenter de préserver les spécificités de la conception républicaine de la puissance publique.

B. L'intégration de la notion de « conflit d'intérêts » dans le droit public : mieux prévenir plutôt que guérir

24. La Commission Sauvé. – Dans le contexte de l'affaire Woerth-Bettencourt, et pour faire face aux insuffisances de l'État exemplaire promu en 2007 ainsi que pour adapter la législation-réglementation française aux nouveaux standards de l'action publique, le Président de la République décide de nommer une Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique chargée de rédiger un rapport sur les conditions normatives de la déontologie publique. Composée de M. Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État, de M. Didier Migaud, Premier président de la Cour des comptes, et de M. Jean-Claude Magendie, Premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris, elle a remis son rapport au Président de la République le 26 janvier 2011.

25. Le rapport de la Commission Sauvé : constats. – Composé de trois parties, le rapport de la Commission Sauvé entreprend d'abord de poser les enjeux théoriques de la question (Première partie), avant d'établir un état des lieux (deuxième partie) et d'émettre une série de propositions (troisième partie). Le Rapport s'emploie ainsi à établir un panorama exhaustif des dispositions en vigueur pour prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique française. Il en ressort un certain déséquilibre du droit français qui envisage cette question principalement de manière répressive (à travers la prise illégale d'intérêts) et en déterminant une série d'incompatibilités, beaucoup plus répandues pour les autorités administratives les plus récentes (autorités administratives indépendantes) que pour les autorités administratives les plus anciennes. Le droit positif français apparaît ainsi fortement déséquilibré, ce déséquilibre invitant à une profonde réforme de la législation afin de la mettre en adéquation avec la réalité de l'action publique contemporaine et partant, de la rendre plus efficace

26. Les apports de la Commission Sauvé (1) : la précision du cadre normatif. – Le déséquilibre ainsi constaté conduit les membres de la Commission à émettre deux séries de propositions afin « d'engager une démarche globale de prévention qui mise sur la responsabilité de chaque acteur public »¹⁰¹. Tout d'abord, le rapport propose de rééquilibrer les approches préventives et curatives des conflits d'intérêts. Pour ce faire, le rapport envisage de clarifier les principes applicables et d'adapter les outils de prévention et de répression des conflits d'intérêts. La clarification des principes passe par la définition législative des « grands principes déontologiques et [des] 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 »¹⁰². Ceux-là seraient complétés par la définition législative de la notion de conflit d'intérêts, entendue 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 comme étant de

¹⁰⁰ Fleury (Benoit), *op. cit.*, p. 5.

¹⁰¹ Jean-Marc Sauvé, « Il est nécessaire de définir le conflit d'intérêts par la loi », Site internet www.acteurspublics.com, consulté le 4 octobre 2010.

¹⁰² Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *op. cit.*, p. 68.

nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions »¹⁰³. Une telle définition est justifiée tant par son « caractère inclusif » (précision des intérêts susceptibles de faire conflit, qu'ils soient propres ou révèlent une interférence indirecte par une personne intime) que par son caractère exclusif (exclusion des opinions philosophiques, politiques ou religieuses)¹⁰⁴. Inscrite au frontispice de l'édifice de lutte contre les conflits d'intérêts, elle consacrerait (voire, si l'on continue de filer la métaphore, sanctuariserait) les bases de la culture de la déontologie que le rapport désire introduire en France. Si cette méthode est originale, on doit toutefois relever que sur le fond, la définition proposée s'avère classique et s'inscrit parfaitement dans le prolongement de la jurisprudence pénale et des expériences étrangères dont elle s'inspire incontestablement¹⁰⁵.

27. Les apports de la Commission Sauvé (2) : les mécanismes de lutte contre les conflits d'intérêts. – Une fois les principes posés, la commission *Sauvé* estime que les mécanismes de lutte contre les conflits d'intérêts devraient être rééquilibrés entre les dispositifs préventifs et répressifs. Cela passe par trois séries de mesures. Tout d'abord, l'articulation de la prise illégale d'intérêts avec les mécanismes de prévention des conflits d'intérêts doit être mieux pensée. Selon le rapport, si le délit de prise illégale d'intérêts « doit impérativement être maintenu dans son principe »¹⁰⁶, il convient de l'articuler « avec l'ensemble des mesures préventives existantes ou à créer »¹⁰⁷ afin d'assurer aux responsables publics qui se soumettent aux règles préventives qu'ils ne commettront pas de délit pénal¹⁰⁸. Ce faisant, le rapport rappelle implicitement que le conflit d'intérêts transcende les branches du droit et qu'une réponse à ce problème doit nécessairement articuler le droit public et le droit pénal. Ensuite, le rapport propose l'adaptation des règles de passage des agents du secteur public vers le secteur privé et le renforcement des règles et procédures garantissant la déontologie des responsables et agents publics¹⁰⁹. Enfin, il suggère de « bâtir une véritable architecture institutionnelle de la déontologie et de la prévention des conflits d'intérêts »¹¹⁰ reposant sur la création d'une Autorité de la déontologie de la vie publique, issue de la fusion de la Commission pour la transparence financière de la vie politique (CTFVP) et de la Commission de déontologie. Cette nouvelle autorité administrative indépendante

¹⁰³ *Ibid.*, p. 19. La définition citée est complétée par deux précisions : « Au sens et pour l'application du précédent alinéa, 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. Ne peuvent être regardés comme de nature à susciter des conflits d'intérêts, les intérêts en cause dans les décisions de portée générale, les intérêts qui se rattachent à une vaste catégorie de personnes, ainsi que ceux qui touchent à la rémunération ou aux avantages sociaux d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public ».

¹⁰⁴ Jean-Marc Sauvé, *op. cit.*

¹⁰⁵ Le rapport propose en ce sens une analyse très fouillée des définitions retenues dans les autres États et au sein des organisations internationales et mentionne à de très nombreuses reprises les travaux de l'OCDE. Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *op. cit.*, pp. 12-20. Sur les expériences étrangères, voir également le *Rapport d'information n° 518...*, *op. cit.*, pp. 32-55 & pp. 133-146.

¹⁰⁶ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ En ce sens, le rapport propose de « définir des codes de bonne conduite ou des chartes de déontologie ». *Ibid.*, p. 95.

¹⁰⁹ Il s'agit notamment de clarifier les règles de représentation des intérêts, les conditions de parrainage, de sponsoring et de financement de l'action publique, de renforcer le contrôle du patrimoine des élus et de créer des mécanismes d'alerte afin de prévenir les infractions pénales. *Ibid.*, pp. 82-88.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 91. Cette articulation implique également pour la Commission de préciser les règles d'incompatibilités frappant les membres du gouvernement (p. 79) et d'harmoniser et de préciser les règles d'incompatibilités des autres agents publics (notamment le cumul des fonctions dirigeantes dans les entreprises publiques et les entreprises privées). *Ibid.*, pp. 79-82.

chapeauterait un réseau de déontologues placés auprès du gouvernement et des différentes administrations publiques. Simples « confident[s] déontologique[s] »¹¹¹ à la disposition des personnes soumises au nouveau régime de déontologie, les déontologues exerceraient « 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 »¹¹². De son côté, l'Autorité de la déontologie traiterait les cas les plus complexes et serait dotée d'un pouvoir d'avis et de recommandation. Elle serait en revanche dépourvue de tout pouvoir de sanction (en raison de l'exigence d'impartialité). Le rapport de la Commission présidée par Jean-Marc Sauvé livre ainsi un texte très cohérent qui pose les bases d'un renouvellement très fort de la culture déontologique française en promouvant une série de principes favorisant les « bonnes conduites » susceptibles de renforcer l'intégrité de la décision administrative.

28. Les réponses au rapport Sauvé : projet et propositions de loi relatifs à la déontologie. – En réaction à la publication du rapport de la Commission *Sauvé*, le gouvernement a déposé un projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique¹¹³ tandis que quatre députés ont également déposé deux propositions de loi (organique et ordinaire) relatives à la transparence de la vie publique et à la prévention des conflits d'intérêts^{114&115}. Retenant la logique générale du rapport *Sauvé*, ces textes entreprennent de rééquilibrer la législation française entre le volet préventif et le volet répressif. À cette fin, ils poursuivent deux objectifs : « mieux prévenir, par une organisation adaptée et une meilleure prise de conscience individuelle des situations potentiellement risquées, les cas de conflits d'intérêts [...] et] fixer un socle de référence commun aux responsables publics en matière de conflits d'intérêts susceptible d'être complété par des règles déontologiques particulières »¹¹⁶. Ces objectifs sont motivés par la volonté d'empêcher toute suspicion à l'encontre des acteurs publics afin de rétablir « la confiance des citoyens dans ceux qui les gouvernent, jugent ou administrent [qui] est au fondement même de la République et de la démocratie »¹¹⁷. S'ils s'inspirent d'une philosophie commune, le projet et les propositions de loi se distinguent par leur plus ou moins grande fidélité aux propositions du rapport Sauvé : les propositions de loi reprennent très largement celles-ci alors que le

¹¹¹ *Ibid.*, p. 93. Cette formule est à rapprocher de celle utilisée par Jean Gicquel pour qualifier la mission du déontologue de l'Assemblée nationale ; selon son titulaire, celui-ci remplit le rôle de « confesseur laïc » in « Jean Gicquel, confesseur laïc », *JCP éd. G.*, n° 36, 5 septembre 2011, p. 1529.

¹¹² Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *op. cit.*, p. 93.

¹¹³ Projet de loi n° 3704 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 juillet 2011.

¹¹⁴ Proposition de loi organique n° 3868 relative à la transparence de la vie publique et à la prévention des conflits d'intérêts, déposée par MM. F. de Rugy, Y. Cochet et N. Mamère et Mme A. Poursinoff, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 octobre 2011 et proposition de loi n° 3866 relative à la transparence de la vie publique et à la prévention des conflits d'intérêts, déposée par MM. F. de Rugy, Y. Cochet et N. Mamère et Mme A. Poursinoff, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 19 octobre 2011.

¹¹⁵ Les propositions de loi font réaction à l'absence du projet de la loi sur la déontologie de la vie publique dans le programme de travail parlementaire annoncé par le gouvernement lors du Conseil des ministres le 5 octobre 2011, reportant au plus tôt son examen à la prochaine législature (juin 2012)... (de Montecler (Marie-Christine), « Mais où est donc passée la déontologie ? », *AJDA*, 14 novembre 2011, p. 2153). Leur examen a eu lieu le 1^{er} décembre 2011 et le vote solennel sur les textes s'est tenu le 7 décembre 2011. L'Assemblée nationale a rejeté ces deux propositions de manière assez nette (124 voix pour et 198 voix contre la proposition de loi organique, 127 voix pour et 197 voix contre la proposition de loi ordinaire).

¹¹⁶ Étude d'impact jointe au projet de loi n° 3704, p. 16.

¹¹⁷ Exposé des motifs du projet de loi n° 3704, p. 3. Lors de l'explication des votes portant sur les propositions de loi, le député Claude Bodin rappellera dans le même sens les paroles de Sieyès selon qui : « l'autorité vient d'en haut, la confiance vient d'en bas ». Séance du 7 décembre 2011, Compte-rendu intégral des débats, site internet de l'Assemblée nationale. Consulté le 23 janvier 2012.

projet opère un devoir d'inventaire. Un point fondamental les distingue ainsi : la définition du conflit d'intérêts.

29. L'enjeu : la définition des conflits d'intérêts. – Contrairement au rapport Sauvé et à la proposition de loi ordinaire qui le reprend quasi littéralement¹¹⁸, le projet de loi ne contient pas de définition générique des conflits d'intérêts. Il se contente de relever que « [les personnes dépositaires de l'autorité publique et les personnes chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec probité et impartialité¹¹⁹ et] veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts » (art. 1, al. 2). L'absence de définition *a priori* du conflit d'intérêts est justifiée par le refus de « 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 »¹²⁰. Malgré cette justification, le gouvernement ne peut pas véritablement faire l'économie complète d'une définition *a priori* du conflit d'intérêts ; aussi, et afin de priver cette définition de toute portée normative, c'est l'exposé des motifs du texte qui explicite la conception retenue par le projet : « le conflit d'intérêts est conçu [...] comme la situation dans laquelle l'impartialité de la personne intéressée pourrait être mise en doute et justifie la mise en œuvre des mécanismes [prévus dans le projet de loi] »¹²¹. Cette définition est doublement intéressante en ce qu'elle rompt avec les définitions habituellement retenues et qu'elle place l'impartialité au centre des préoccupations du dispositif (confirmant le basculement relevé plus haut). Ce faisant, on peut penser que le gouvernement a entrepris d'adapter les exigences de la déontologie publique (exprimée dans la définition du conflit d'intérêts) avec la conception française de l'action publique. Une telle entreprise, si on peut la comprendre, n'en soulève pas moins une certaine circonspection. En retenant l'atteinte à l'impartialité comme critère de définition du conflit d'intérêts, le projet le transforme en une notion purement préventive propre à la sphère administrative. Là où le rapport de la Commission *Sauvé* suggérerait d'utiliser le conflit d'intérêts comme moyen de surmonter l'autonomie des branches du droit et de proposer une réponse globale à un problème majeur de la vie publique, le projet rétablit une séparation étanche entre d'un côté le traitement administratif du conflit d'intérêts et de l'autre la réponse pénale, maintenant ce faisant l'économie de la législation existante pourtant vivement critiquée. La formulation retenue dans l'article 1^{er} du projet de loi ne laisse guère de doute sur ce point. En définissant le conflit d'intérêts comme la situation dans laquelle la probité ou l'impartialité de l'agent peuvent être mises en doute sans expliciter davantage les conditions de ce « doute », le projet prolonge la situation actuelle : la probité devrait continuer d'être la seule exigence individuelle véritablement sanctionnée (d'autant que la définition de la prise illégale d'intérêts demeure inchangée en l'état du projet) tandis que l'on peine à voir comment l'impartialité, bien qu'érigée en nouveau « principe de l'action » de la politique déontologique, se concrétisera (il y a en ce sens une certaine inconséquence à affirmer un principe objectif dont l'application dépend de considérations éminemment subjectives). On ne peut dès lors que constater l'écart conséquent entre les principes politiques mobilisés pour justifier la réforme et leur traduction juridique. Plus proche d'un « principe général »¹²² que

¹¹⁸ Son article 7 définit ainsi les conflits d'intérêts comme « des situations d'interférence entre les devoirs inhérents à leurs fonctions et un intérêt privé qui, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme pouvant influencer ou paraître influencer l'exercice de ces fonctions ».

¹¹⁹ La proposition de loi ordinaire dispose de son côté que « Les titulaires d'un mandat électif et les membres du Gouvernement exercent leurs fonctions avec probité, intégrité et impartialité ».

¹²⁰ Exposé des motifs du projet de loi, p. 6.

¹²¹ Exposé des motifs du projet de loi, p. 6.

¹²² Villeneuve (Pierre), « Le projet de loi sur les conflits d'intérêts est-il à la hauteur de ses ambitions ? », *JCP A.*, n° 37, 12 septembre 2011, actualités 595, p. 3.

d'une définition, le projet laisse donc craindre le caractère inopérateur de la notion de conflit d'intérêts, dont l'introduction dans le droit public français s'avèrerait largement formelle. Sur ce point, nul doute que la proposition de loi ordinaire aurait contribué à une plus grande clarification de la notion.

30. Les dispositifs proposés – la généralisation des déclarations d'intérêts et les règles d'abstention. – La définition des conflits d'intérêts à partir de la notion d'impartialité se traduit logiquement par la multiplication des mécanismes favorisant leur « publicisation »¹²³. « L'article 2 [du projet] introduit [...] l'obligation d'une déclaration d'intérêts ; lors de la prise de fonctions, pour les personnes exerçant les fonctions les plus importantes »¹²⁴ (membres du gouvernement, membres des cabinets ministériels, collaborateurs du Président de la République, titulaires des emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du gouvernement, membres du Conseil d'État et de la Cour des comptes, directeurs des entreprises publiques et des établissements publics de l'État, les directeurs de centres hospitaliers universitaires, les présidents et membres des collèges des AAI ou encore les responsables des cabinets des autorités territoriales...). Au total, en l'état du projet, c'est environ 4 000 personnes qui seraient soumises à cette obligation. Au contraire, les propositions de loi se concentraient exclusivement sur les titulaires des charges électives et leurs collaborateurs directs, réduisant leur champ personnel d'application à la seule sphère politique.

Malgré cette distinction, l'économie générale des deux textes s'avère largement analogue. Ainsi, tant le projet (art. 3) que la proposition de loi ordinaire (art. 8) renvoient à un décret en Conseil d'État pour fixer à la fois la trame de la déclaration d'intérêts et les autorités auxquelles ces déclarations devront être remises. De même, les deux textes organisent des procédures d'abstention permettant à un élu et à agent de refuser de prendre une décision dès lors que sa probité et son impartialité lui paraissent susceptibles d'être contestées. Envisagé du point de vue administratif¹²⁵, cela devrait permettre d'éviter les situations dans lesquelles les agents se trouvent mis en cause devant les juridictions pénales pour avoir participé à une affaire alors même qu'ils avaient alerté leur hiérarchie sur leur situation et exprimé leur souhait de ne pas participer à la décision¹²⁶. Il s'agit ici d'une avancée réelle qui devrait simplifier la vie administrative. Seul bémol : ces deux dispositifs reposent tout deux sur la responsabilité individuelle de l'agent qui doit prendre conscience des risques éventuels inhérents à sa situation et agir en conséquence. Cette responsabilisation individuelle de l'agent, si elle est finalement assez conforme à l'héritage pénal qui structure le droit français en la matière, aurait gagné à être davantage objectivée.

31. L'Autorité de la déontologie de la vie publique. – Enfin, les deux textes proposent la création d'une Autorité de la déontologie de la vie publique¹²⁷. Le projet de loi prévoit que cette Autorité de la déontologie est une autorité administrative indépendante composée de

¹²³ Mattarella (Bernardo Giorgio), *op. cit.*, p. 647.

¹²⁴ Exposé des motifs du projet de loi, p. 6.

¹²⁵ Du point de vue politique, la portée réelle de cette obligation semble *a priori* plus difficile à évaluer, notamment dans le cadre du travail gouvernemental. En revanche, en retenant l'hypothèse du mandat de gestion proposée par le rapport Sauvé (contrairement au projet de loi), la proposition devrait permettre d'éviter le renouvellement des affaires du type Woerth-Bettencourt.

¹²⁶ Jeandidier (Wilfrid), *op. cit.*, p. 823.

¹²⁷ Elle constitue la principale mesure du projet de loi dont elle occupe la plus grande partie (articles 5 à 16, contre les articles 1^{er} à 4 pour la définition des conflits d'intérêts). Elle occupe quatre (les plus longs) des dix-neuf articles de la proposition de loi ordinaire.

neuf membres¹²⁸ nommés par décret pour trois ans (sans précision de durée dans la proposition). En cela, et ainsi que le relève un commentateur, « le texte [du gouvernement] est en-deçà des souhaits de la Commission *Sauvé* qui proposait que siègent le vice-président du Conseil d'État ainsi que les premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour des comptes »¹²⁹. De son côté, la proposition de loi ordinaire, en retenant une composition exclusivement juridictionnelle¹³⁰, allait plus loin que la Commission *Sauvé* mais prenait le risque de renouveler la forme du conflit qui oppose classiquement le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire¹³¹.

Cette autorité remplit une double mission. Elle exerce tout d'abord une mission de conseil ; elle rend ainsi des avis à la demande des personnes soumises à l'obligation de déclaration d'intérêts et peut également « émettre de recommandations sur l'application de la loi sur la déontologie »¹³², ces recommandations pouvant être rendues publiques. À côté de cette mission de prévention, l'Autorité veille également à la « compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non dans une entreprise ou un organisme de droit privé avec les fonctions effectivement exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité par tout agent soumis à une déclaration d'intérêts »¹³³. Précisons enfin que l'Autorité peut être saisie de façon obligatoire (départ des agents vers le privé, cumul pour reprise ou création d'entreprise) ou facultative (avis sur toute activité lucrative d'une personne soumise à obligation de déclaration d'intérêts). Elle peut enfin être saisie soit directement par l'agent ou son administration, soit à l'initiative de son Président (points communs aux deux textes étudiés), soit à l'initiative du Défenseur des droits (mention dans la seule proposition de loi). On le voit, les attributions de cette Autorité ne varient donc guère d'un texte à l'autre.

D'une manière générale, la création d'une Autorité indépendante de ce type constitue une réponse classique de l'État quand il doit affronter un domaine dans lequel il souffre d'un déficit de légitimité et l'Autorité projetée ne présente guère de spécificités par rapport aux AAI existantes. Reste toutefois à déterminer ce sur quoi débouchera cette création ; le projet demeure en effet assez vague en ne prévoyant pas l'articulation de cette nouvelle autorité avec les autorités existantes (CTFVP et Commission de la déontologie) ; il est sur ce point en retrait du rapport *Sauvé* qui proposait l'absorption de ces deux commissions par la nouvelle autorité¹³⁴. Si l'abondance de biens ne saurait nuire, on doit toutefois relever qu'en matière de transparence, la multiplication des organes compétents engendre plutôt l'impression d'opacité

¹²⁸ Aux termes de l'article 5 du projet de loi ordinaire, l'Autorité de la déontologie comprenait : un conseiller d'État, un conseiller maître à la Cour des comptes, trois personnalités qualifiées respectivement par le Président de la République le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat, un directeur d'administration centrale, un directeur ou un ancien directeur des services d'une collectivité territoriale, un directeur ou un ancien directeur d'hôpital, un membre du contrôle général des armées.

¹²⁹ Villeneuve (Pierre), *op. cit.*, p. 4.

¹³⁰ Aux termes de la proposition de loi, l'Autorité de la déontologie de la vie publique aurait été composée par : le vice-président du Conseil d'État, le Premier Président de la Cour de cassation, le Premier président de la Cour des comptes et deux présidents de section ou de chambre ou des conseillers en exercice au sein du Conseil d'État, de la Cour de Cassation et de la Cour des comptes.

¹³¹ Voir en ce sens les propos du député Jean-Jacques Urvoas lors de l'examen du texte par la Commission des lois. *Compte-rendu de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République*, n° 14, mercredi 23 novembre 2011, Assemblée nationale, Session ordinaire 2011-2012, pp. 12-13.

¹³² Art. 6, al. 2 du projet de loi et art. 14, 4° de la proposition de loi ordinaire.

¹³³ Art. 6 du projet de loi ; ces attribution figuraient également à l'article 15 de la proposition de loi ordinaire. « Ces dispositions s'appliquent aux membres des cabinets ministériels et aux collaborateurs du Président de la République ainsi qu'aux agents et responsables publics à la seule exception des agents contractuels de droit public dont le contrat d'engagement est inférieur à un an » (Villeneuve (Pierre), *op. cit.*, p. 4).

¹³⁴ Sur ce point, la proposition de loi ordinaire s'avérait également assez floue, même si elle prévoyait la substitution de la nouvelle Autorité à la CTFVP et à d'autres commissions (sans véritable précision).

qu'un surcroît de clarté. En l'état du texte, le résultat pourrait donc être contraire à celui recherché...

32. Le conflit d'intérêts, une introduction à confirmer. – Il ressort de l'ensemble de ces propos que le conflit d'intérêts est une préoccupation publique majeure que les gouvernants peinent à intégrer dans le droit positif français. Sans doute la rupture dans l'appréciation du rapport entre intérêt général et intérêt privé que son introduction dans le droit public induit explique-t-elle pour partie cette difficulté. Mais, il ne faudrait pas que cela justifie une réaction *a minima* (ainsi que le laisse croire le projet gouvernemental et le rejet des deux propositions de loi). Les gouvernants français ont en effet su rompre avec d'autres conceptions classiques du droit français pour adapter l'action administrative au nouveau paradigme de l'État néolibéral alors que les enjeux démocratiques étaient beaucoup moins forts. Le renforcement de la légitimité de l'État est suffisamment crucial pour son devenir pour que l'on soit en droit d'attendre un dispositif juridique à la hauteur de l'enjeu. La simple affirmation de l'exigence d'impartialité de l'État ne fournit ici qu'un pis-aller et ce n'est pas l'invocation d'un conflit d'intérêts vidé de toute substance *a priori* qui permettra de changer la situation. En ce sens, le projet confirme parfaitement que la culture de la déontologie que les acteurs et observateurs appellent de leurs vœux ne se décrète pas. « La route de la servitude » pourrait en conséquence être encore longue...

Lyon, décembre 2011