



HAL
open science

Actes administratifs unilatéraux et déontologie des élus locaux : identifier les risques juridiques pour mieux les prévenir

Elise Untermaier-Kerléo

► To cite this version:

Elise Untermaier-Kerléo. Actes administratifs unilatéraux et déontologie des élus locaux : identifier les risques juridiques pour mieux les prévenir. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2020. hal-03037717

HAL Id: hal-03037717

<https://hal.science/hal-03037717>

Submitted on 21 Jul 2021

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.

Dossier : Déontologie des élus locaux. Les risques juridiques de l'action publique locale

La semaine juridique - administrations et collectivités territoriales (JCP A), 23 novembre 2020

Avant-propos

Au lendemain des élections municipales et à l'approche des régionales, la déontologie des élus locaux est un sujet important. Certes, les nouveaux élus sont d'abord soucieux de mener à bien les actions qui figurent sur leur programme politique : créer de nouveaux équipements collectifs, améliorer la qualité des services publics, assurer la tranquillité et la sécurité publiques. Cependant, la déontologie doit figurer au cœur de leurs préoccupations. En effet, en cas de manquement aux obligations et principes déontologiques qui s'imposent à eux dans l'exercice de leur mandat, les élus prennent le risque d'être poursuivis pénalement. Ils fragilisent également la décision publique, qu'il s'agisse d'un acte unilatéral (délibération ou arrêté) ou d'un contrat, en l'exposant à un contentieux administratif. D'aucuns diront : la déontologie de la vie publique, comme le droit en général, est la source de contraintes inutiles. Éviter les conflits d'intérêts ? Impossible, surtout dans les petites collectivités où tout le monde se connaît. Remplir des déclarations d'intérêts et de situation patrimoniale ? Formalisme excessif. Les publier en ligne ? Haro sur la transparence, c'est du voyeurisme. Et pourtant ! Sans la déontologie, le service public peut être délégué non pas à l'entreprise la mieux-disante, mais à celle dont le dirigeant est un parent de l'exécutif ; le terrain sur lequel doit être édifié un nouvel écoquartier peut être cédé, non pas au porteur du meilleur projet, mais à un ami de longue date du maire, et son ancien partenaire de golf. Bref, si le respect de la déontologie n'est pas une fin en soi, c'est une condition indispensable de la réalisation de l'action publique locale.

Depuis les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique qui ont donné naissance à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), la déontologie des élus locaux a connu d'importantes réformes. Le dossier **Déontologie des élus locaux. Les risques juridiques de l'action publique locale** donne d'abord la parole à Didier Migaud, président de la Haute Autorité, pour évoquer l'action de cette institution en matière de déontologie des élus locaux. Le dossier est ensuite composé de plusieurs contributions rédigées par des spécialistes de droit public, qui visent à identifier d'une part, les risques juridiques auxquels s'exposent les élus locaux ou auxquels ils exposent leur collectivité, en cas de manquement déontologique, et d'autre part, les moyens de prévenir ces risques. Comment le processus décisionnel doit-il être mené et adapté pour tenir compte des exigences déontologiques, notamment en matière de lutte contre les conflits d'intérêts ? Après avoir fixé le cadre général s'agissant de l'adoption des actes administratifs unilatéraux (Élise Untermaier-Kerléo) et des contrats publics (François Lichère), les deux contributions suivantes s'intéresseront plus spécifiquement à deux zones à risque en matière d'action publique locale : la participation des élus locaux à des organismes extérieurs (Jean-François Kerléo) et la gestion des biens publics (Christophe Roux). La contribution finale souligne l'importance des chartes de déontologie des élus locaux, qui, bien qu'elles constituent des instruments de droit souple, ont vocation à servir de référence opposable en cas de manquement caractérisé à la déontologie (Pierre Villeneuve).

EUK

Actes administratifs unilatéraux et déontologie des élus locaux : identifier les risques juridiques pour mieux les prévenir

Élise Untermaier-Kerléo

*Maîtresse de conférences de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3 (Équipe de droit public de Lyon – Institut d'études administratives),
Référente déontologue pour la fonction publique*

JCP A 23 nov. 2020, n° 2303

Résumé

Tout élu doit être conscient d'un double risque juridique, auquel il s'expose lui-même ou expose sa collectivité, en cas de manquement à ses obligations déontologiques dans le cadre du processus décisionnel : le risque de condamnation de l'élu par le juge pénal ; le risque d'annulation de la décision par le juge administratif. Afin de prévenir ces risques, le processus décisionnel doit nécessairement être adapté, en mettant en œuvre les mesures imposées par la loi et en développant de bonnes pratiques au-delà du cadre législatif. De manière générale, l'élu intéressé doit s'abstenir de participer au processus décisionnel, ce qui suppose de détecter en amont les conflits d'intérêts grâce à des outils idoines.

Introduction

Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique ont ouvert un vaste chantier de réformes relatives à la déontologie de la vie publique, aussi bien dans la sphère politique (parlementaires, élus locaux, membres du gouvernement) qu'administrative (fonctionnaires et agents publics, membre des juridictions judiciaires et administratives, autorités administratives ou publiques indépendantes). Le législateur a fait l'effort d'énoncer solennellement les principes et obligations déontologiques qui s'imposent aux responsables publics, et parmi eux, les élus locaux. Ainsi l'article 1^{er} de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique affirme-t-il que « *les personnes titulaires d'un mandat électif local (...) exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts* ». L'article 2 de la loi définit la notion de conflit d'intérêts comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ». Depuis la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, la Charte de l'élu local, qui figure à l'article L. 1111-1-1 du code général des collectivités territoriales et énonce « *les principes déontologiques* » qui gouvernent l'exercice du mandat d'élu local, est lue par l'exécutif et solennellement remise à chaque élu lors de la première séance du conseil¹. Ce texte rappelle ainsi que l'élu exerce ses fonctions avec « *impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité* », qu'il doit être assidu aux réunions de l'organe délibérant et des instances au sein desquelles il a été désigné et qu'il « *reste responsable de ses actes pour la durée de son mandat devant l'ensemble des citoyens de la collectivité* ». La charte insiste particulièrement sur la prévention des conflits d'intérêts. Ainsi, l'élu local

¹ CGCT, art. L. 2121-7 (pour les communes) ; art. L.3121-9 (pour les départements) ; art. L. 4132-7 (pour les régions).

« poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel (...) ou de tout autre intérêt particulier » ; il « veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts ». L'élu ne peut utiliser les ressources et les moyens mis à sa disposition pour l'exercice de son mandat à d'autres fins que l'intérêt général, comme il doit s'abstenir, dans l'exercice de ses fonctions, « de prendre des mesures lui accordant un avantage personnel ou professionnel futur après la cessation de son mandat et de ses fonctions ».

Les réformes en matière de déontologie de la vie publique se caractérisent par le développement d'une logique préventive : il s'agit d'éviter le recours à la répression, pénale ou disciplinaire. Des structures déontologiques, dépourvues de pouvoir de sanction ont été mises en place pour accompagner les agents publics (référénts déontologues) et les membres des juridictions (collèges de déontologie). La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, depuis sa création en 2013, s'inscrit pleinement dans cette volonté de prévention du risque pénal au sein de la sphère publique, en contrôlant l'exhaustivité, l'exactitude et la sincérité des déclarations d'intérêts et de situation patrimoniale que doivent désormais lui transmettre des milliers de responsables publics. Certaines collectivités n'ont pas hésité à aller au-delà de ce qu'exige la loi, en adoptant des chartes ou des codes de déontologie, en instituant des instances déontologiques pour accompagner les élus locaux, en créant des systèmes déclaratifs complémentaires, en mettant en place des formulaires de déclaration des cadeaux et invitations, etc.²

Mais cette logique préventive n'a pas fait disparaître la sanction. Les dispositifs récemment créés en matière de déontologie de la vie publique viennent renforcer, sans s'y substituer, tout un arsenal de dispositions juridiques souvent très anciennes, qui répriment sévèrement les manquements déontologiques des élus. Le non respect de certaines exigences déontologiques dans le cadre de la procédure conduisant à l'adoption des actes administratifs unilatéraux (délibérations ou arrêtés), comporte des risques juridiques, aussi bien pour la collectivité que pour l'élu (I). Afin de prévenir ces risques, le processus décisionnel doit nécessairement être adapté, en mettant en œuvre les mesures imposées par la loi et en développant de bonnes pratiques au-delà du cadre législatif (II).

I. Les risques juridiques liés aux manquements déontologiques commis par les élus dans le cadre du processus décisionnel

Tout élu doit être conscient d'un double risque juridique, auquel il s'expose lui-même ou expose sa collectivité, en cas de manquement à ses obligations déontologiques dans le cadre du processus décisionnel : le risque de condamnation de l'élu par le juge pénal (1) ; le risque d'annulation de la décision par le juge administratif (2).

1. Le délit de prise illégale d'intérêts résultant de la participation de l'élu au processus décisionnel

Le droit pénal sanctionne lourdement les « manquements au devoir de probité » : la concussion (c. pén., art. 432-10), la corruption passive et le trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique (c. pén., art. 432-11 et 432-11-1), la prise illégale d'intérêts (c. pén., art. 432-12 et 432-13), les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des

² Pour un panorama des mesures que les collectivités doivent ou peuvent mettre en œuvre pour garantir le respect de la déontologie par les élus locaux : É. Untermaier-Kerléo, « Guide pratique de la déontologie des élus locaux », *AJCT* sept. 2020, p. 416.

candidats dans les marchés publics et les contrats de concession (c. pén., art. 432-14), la soustraction et le détournement de biens publics (c. pén., 432-15 et 432-16). Si le taux de mise en cause pénale des élus (toutes infractions confondues) reste inférieur à 0,3 %, les manquements au devoir de probité constituent le premier motif de poursuites pénales pour les élus locaux : ils représentent près de 35 % des poursuites engagées contre les élus locaux, soit 570 élus) au cours de la dernière mandature³. Parmi les manquements au devoir de probité, le délit de prise illégale d'intérêts (art. 432-12 du code pénal) constitue le risque majeur. Puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, il sanctionne le fait pour un élu (ou un agent public) d'avoir un « *intérêt quelconque* » dans une opération ou une entreprise dont il a la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. **Le délit de prise illégale d'intérêts peut résulter de la participation d'un élu au processus décisionnel.** La jurisprudence pénale se montre particulièrement sévère⁴.

Surveillance ou administration et participation à une décision collégiale.- Pour l'application de l'article 432-12 du code pénal, le juge pénal retient une définition très large de la notion de « *surveillance* » et d'« *administration* » : il n'exige pas que l'élu ait pu exercer une influence effective sur la décision. Du simple fait qu'il siège au conseil municipal, tout élu peut être considéré comme chargé d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement d'une affaire traitée par la commune. Il n'est pas nécessaire que l'intéressé ait eu une responsabilité particulière dans le traitement de l'affaire litigieuse. De manière générale, « *la participation d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-12 du Code pénal* » (Cass. crim. 19 mai 1999, n° 98-80.726 : condamnation pour prise illégale d'intérêts d'un vice-président de département pour avoir participé au vote de la commission permanente du conseil général décidant d'attribuer une subvention à une association dirigée par son fils). Peu importe que l'élu n'ait pas pris part à la discussion précédant ce vote ou que celui-ci n'ait été que formel (Cass. crim. 21 nov. 2001, n° 00-87.532). Peu importe également que le conseiller ait participé à la délibération par le biais d'une personne interposée munie d'une procuration (Cass. crim. 24 oct. 2001, n° 00-86.681 ; Cass. crim. 10 avr. 2002, n° 01-84.286). Bien plus, la participation, d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-12 du code pénal, même si celui-ci ne prend pas part au vote et quitte la salle au moment de celui-ci, dès lors que la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt (Cass. crim. 14 nov. 2007, n° 07-80.220 ; v. aussi Cass. crim., 3 déc. 2008, n° 08-83.532).

Intérêt quelconque.- La notion d'intérêt quelconque est également appréciée de manière extensive par la jurisprudence pénale. Il peut s'agir d'un intérêt tant matériel que moral ; l'intérêt peut résulter d'un lien familial et même, d'un lien d'amitié. La Cour de cassation a ainsi confirmé la condamnation d'un maire à 5 000 euros d'amende pour prise illégale d'intérêts, pour avoir participé à toutes les étapes du processus décisionnel qui a conduit à la vente d'un terrain à une entreprise dont le gérant de l'entreprise attributaire était « *un ami de longue date après avoir été, pendant plusieurs années, un partenaire de golf* » (Cass. crim, 5 avril 2018, n° 17-81912). Un maire a également été déclaré coupable de prise illégale d'intérêts pour avoir recruté sa sœur en qualité de directrice générale des services (et

³ Rapport annuel 2019 de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale, *Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux*, p. 12.

⁴ S. Penaud, « Prise illégale d'intérêts et collectivités territoriales : les effets pervers d'une sévérité jurisprudentielle accrue », *AJCT* 2019, p. 224. V. aussi : C. Olivier, « Élus et agents face au risque pénal. La prise illégale d'intérêts : quels risques aujourd'hui pour les collectivités ? », *AJCT* 2014, p. 534.

cette dernière a été condamnée pour recel de ce délit), dans la mesure où il était intervenu, en toute connaissance de cause, à tous les stades de la procédure ayant abouti au recrutement (Cass. crim. 4 mars 2020, n° 19-83390)⁵. Le délit peut être caractérisé alors que l' élu n' en a retiré aucun avantage effectif. Sur ce point, la jurisprudence *Ville de Bagneux* témoigne de la sévérité du juge pénal à l' égard des élus locaux qui exercent également des responsabilités ès qualités au sein d' associations (Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 08-82068). La Cour de cassation a confirmé la condamnation pour prise illégale d' intérêts (1500 euros d' amende), de quatre élus, respectivement maire, adjoints et conseiller municipal de la ville de Bagneux, pour avoir participé aux délibérations et pris part aux votes attribuant des subventions aux associations municipales ou intercommunales qu' ils présidaient. Selon la Haute juridiction, « *il n' importe que ces élus n' en aient retiré un quelconque profit et que l' intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l' intérêt communal* »⁶.

2. Le risque d' une annulation par le juge administratif de l' acte unilatéral entaché d' un conflit d' intérêts

De manière générale, les décisions locales – délibérations ou arrêtés – prises non dans l' intérêt public de la collectivité mais dans un autre intérêt, public ou privé, peuvent être annulées pour détournement de pouvoir. A ainsi été annulée une délibération du conseil municipal modifiant le plan d' occupation des sols pour permettre l' octroi d' un permis de construire à une parente du maire (CE, 9 juin 1991, *Épx Johannet*, n° 68885, *Leb.* p. 244). En outre, le juge administratif est susceptible d' annuler les actes administratifs unilatéraux contraires aux dispositions du code pénal prohibant les manquements au devoir de probité, ainsi que les délibérations auxquelles aurait pris part un conseiller intéressé.

L' annulation des actes administratifs unilatéraux contraires au droit pénal.- Le juge administratif peut être amené à prendre en compte le droit pénal, non pour dire si une infraction a été commise ni pour prononcer une condamnation, mais pour examiner la légalité d' actes administratifs au regard du code pénal, comme l' a rappelé le Conseil d' État dans le l' arrêt *Société Lambda* (CE, ass., 6 déc. 1996, *GAJA*, annulant le décret de nomination d' un haut fonctionnaire au poste de sous-gouverneur du Crédit foncier de France alors qu' il avait été précédemment chargé du contrôle direct de celui-ci, ce qui est contraire aux dispositions de l' article 432-13 du code pénal). Une délibération peut ainsi être annulée par le juge administratif au motif qu' elle a directement méconnu une disposition du code pénal en exposant le bénéficiaire de la décision à une situation constitutive d' une prise illégale d' intérêts. Tel est le cas, par exemple, de la délibération par laquelle un conseil municipal autorise la vente d' un bien communal à une SCI, dont l' un des associés exerçaient les fonctions d' adjoint au maire chargé des finances (CE, 27 sept. 2010, *SCI Planet*, n° 320905, inédit au *Lebon*). Dans le même sens, le juge administratif a annulé les arrêtés par lequel un maire avait recruté les fils de deux de ses adjoints, sans qu' aucune publicité ait été donnée aux postes à pourvoir ni qu' aucune procédure d' examen des candidats ait été organisée, et alors que par un arrêté du même jour, l' un de ces adjoints recrutait en cette même qualité le fils du maire, au motif que ces actes « *compte tenu des conditions de leur intervention, étaient de nature à exposer ces élus à l' application des dispositions de l' article 432-12 du code pénal et*

⁵ Sur ce sujet, v. S. Dyens, « Conflits d' intérêts et prise illégale d' intérêts dans la gestion des ressources humaines », *AJCT* 2019, p. 272

⁶ Sur ce sujet, v. S. Corioland, « Aides des collectivités et aides d' État : quel traitement pénal ? », *AJCT* 2017, p. 257

étaient de ce fait entachés d'illégalité » (CE, 27 juil. 2005, *Min. de l'outre-mer c / Cne de Hitia'a O Tera*, n° 263714, T. *Leb.* p. 761).

L'illégalité des délibérations auxquelles ont pris part des conseillers intéressés.-
Aux termes de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales (CGCT), « 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 ». Ces dispositions anciennes, issues de l'article 64 de la loi municipale de 1884, sont rendues applicables aux établissements publics communaux par l'article L. 2131-12, ainsi qu'aux établissements publics de coopération intercommunale par l'article L. 5211-3 du CGCT. S'il n'existe pas de dispositions similaires pour les départements et les régions, elles concernent tout autant ces collectivités, dans la mesure où elles concrétisent le principe d'impartialité, qui s'impose à toute autorité administrative (CE, 7 juil. 1965, *Féd. nat. des transporteurs routiers*, *Leb.* p. 413 ; CE, 14 oct. 2015, *Sté Applicam*, n° 390968, T. *Leb.* p. 540) et l'obligation, pour toute personne titulaire d'un mandat électif local, de prévenir ou faire cesser tout conflit d'intérêts consacrée à l'article 1^{er} de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

La participation au vote d'une délibération, ainsi qu'aux travaux préparatoires ou aux débats, d'un « conseiller intéressé » à l'affaire, c'est-à-dire y ayant « un intérêt qui ne se confond pas avec ceux de la généralité des habitants de la commune » (CE, 16 déc. 1994, *Cne d'Oullins*, n° 145370, *Leb.* p. 559), est de nature à entraîner l'illégalité de la délibération, et donc son annulation par le juge administratif, dès lors que ce conseiller a été en mesure d'exercer une influence sur la délibération. En l'espèce, la délibération par laquelle le conseil municipal a autorisé la signature d'un bail portant sur un immeuble communal avec une association dont le maire était également président, a été jugée illégale dans la mesure où le maire était à l'origine du projet de bail, qu'il en avait été le rapporteur devant le conseil municipal et qu'il avait participé à l'adoption de la délibération portant sur ce projet.

En principe, le juge administratif ne prend en considération que l'intérêt professionnel ou patrimonial. Il ne s'agit donc pas d'interdire à un conseiller de participer au vote d'une délibération concernant un projet à propos duquel il a déjà publiquement manifesté son opposition, dans le cadre d'une association d'opinion par exemple (CE, 22 févr. 2016, *Sté Entreprise routière du grand Sud*, n° 367901, à propos de l'exploitation d'une centrale d'enrobage à chaud sur le territoire de la commune). Lorsqu'un conseiller municipal a été, à tort, écarté des débats, au motif qu'il était intéressé à l'affaire, la délibération est illégale comme prise en violation du droit d'expression de ce conseiller et ce même si elle a été adoptée à l'unanimité des votants (CAA Douai, 8 sept. 2014, *Cne de Vignemont*, n° 13DA00765).

Contrairement au juge pénal, le juge administratif apprécie concrètement les cas qui lui sont soumis, en s'assurant que le conseiller intéressé a pu exercer une influence effective sur le processus décisionnel. Autrement dit, la seule présence de l'élu intéressé ne saurait en principe conduire à l'annulation. La théorie des apparences ne joue pas en matière d'intéressement des élus locaux⁷. Une délibération d'un conseil municipal peut être irrégulière lorsqu'un conseiller intéressé a participé aux travaux préparatoires et alors même qu'il n'a pas pris part au vote, dès lors qu'il a été en mesure d'exercer une influence effective sur la délibération litigieuse (CE, 21 nov. 2012, *M. B. c/ Cne de Vaux-sur-Vienne*, n° 334726, T.

⁷ C.-A. Dubreuil, « Conseiller intéressé : le Conseil d'État précise la notion d'« intérêt distinct » », *AJDA* 2013. 626 ; v. aussi : J.-P. Courtejaire, « Conseiller intéressé (à la délibération) et prise illégale d'intérêt », *JCP A* n° 4, 21 janv. 2013, 2013.

Lebon). À l'inverse, une délibération n'est pas nécessairement illégale lorsqu'un conseiller intéressé a participé au vote mais n'a pas pris une part active aux débats (CE, 12 oct. 2016, *M. B. c/ Cne de Saint-Michel-Chef-Chef*, n° 387308, *Leb.*). Il convient donc d'identifier précisément les mesures à mettre en œuvre de sorte que le processus décisionnel ne puisse être vicié par la participation d'un conseiller intéressé.

II. La nécessaire adaptation du processus décisionnel à la déontologie des élus locaux

De manière générale, l'élu intéressé doit s'abstenir de participer au processus décisionnel (1), ce qui suppose de mettre en place des outils adaptés pour détecter en amont les conflits d'intérêts (2).

1. L'obligation d'abstention de l'élu en situation de conflit d'intérêts

L'obligation de déport instituée par la loi en 2013 coexiste avec d'autres mécanismes plus anciens concernant spécifiquement le maire.

Le mécanisme général de déport issu de la loi du 11 octobre 2013.- La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 (art. 2) a expressément imposé aux « *personnes titulaires de fonctions exécutives locales* » qui estiment se trouver dans une situation de conflit d'intérêts d'être « *suppléées par leur délégataire, auquel elles s'abstiennent d'adresser des instructions* » (art. 2, I, 2°). Quant aux « *personnes chargées d'une mission de service public qui ont reçu délégation de signature* », elles doivent s'abstenir d'en user (art. 2, I, 3°). La situation de conflit d'intérêts ne peut être évitée par une simple délégation. En effet, les délégations de signature laissent subsister la compétence du délégant. Les délégations de pouvoir, si elles entraînent un transfert de compétence, sont exercées sous la surveillance et la responsabilité du délégant (CGCT, art. L. 2122-18, L. 2122-19, L. 3221-3 et L. 4231-3). En conséquence, la jurisprudence pénale considère que le délit de prise illégale d'intérêt est constitué « *nonobstant la délégation de signature donnée à un chef de service* », par l'exécutif départemental, lequel avait conservé la surveillance ou l'administration du marché (Cass. crim. 9 févr. 2005, n° 03-85.697 ; Cass. crim. 30 nov. 2005, n° 05-82.773). Le mécanisme de suppléance prévu par la loi de 2013 doit permettre d'éviter la constitution d'une prise illégale d'intérêts, dès lors qu'il se traduit concrètement par l'absence de toute immixtion de l'élu dans la gestion du dossier pour lequel il a un intérêt distinct de celui de la collectivité. La non participation au vote ne suffit pas, l'élu doit aussi s'abstenir de participer aux travaux préparatoires et d'adresser des instructions à son suppléant.

Le décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 (art. 5 et 6) pris pour l'application de la loi du 11 octobre 2013 a créé deux dispositifs préventifs. Il appartient à l'exécutif de la collectivité de prendre un arrêté mentionnant la teneur des questions pour lesquelles il estime ne pas devoir exercer ses compétences, et désigner la personne chargée de le suppléer, cette personne ne pouvant recevoir aucune instruction de sa part. S'agissant des élus titulaires d'une délégation de l'exécutif, ces derniers doivent informer l'autorité exécutive délégante par écrit lorsqu'ils estiment se trouver en situation de conflit d'intérêts, en précisant la teneur de la question pour laquelle ils estiment ne pas devoir exercer leurs compétences (le recrutement sur le poste X, le suivi de la procédure de recrutement, etc.). Dans une telle situation, l'exécutif délégant doit acter cette situation, en déterminant par arrêté « *les questions pour lesquelles la personne intéressée doit s'abstenir d'exercer ses compétences* ». Et

éventuellement procéder à la désignation de l' élu qui va remplacer l' élu empêché ; sinon, l' exécutif peut aussi directement reprendre le dossier en charge. Même s' ils ne sont pas expressément visés par le décret du 31 janvier 2014, les conseillers sans délégation peuvent aussi se trouver en situation de conflit d' intérêts : ils doivent eux aussi s' abstenir de participer non seulement au vote, mais également aux débats ainsi qu' à l' instruction du dossier.

L'articulation avec d' autres mécanismes.- La loi du 11 octobre 2013 n' a pas modifié les dispositions anciennes concernant spécifiquement le maire. En effet, l' article L. 422-7 du code de l' urbanisme (ancien art. L. 421-2-5, issu de l' article 64 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l' État) prévoit que « *si le maire ou le président de l' établissement public de coopération intercommunale compétent est intéressé à un projet faisant l' objet d' une demande de permis ou de déclaration préalable, soit en son nom personnel, soit comme mandataire, le conseil municipal de la commune ou l' organe délibérant de l' établissement public désigne un autre de ses membres pour prendre la décision* ». Le maire intéressé ne peut donc ni délivrer le permis ni donner délégation à un de ses adjoints : il appartient en effet alors au seul organe délibérant de la collectivité de désigner un autre de ses membres pour délivrer le permis (CE, 22 nov. 1995, *Comité action locale de la Chapelle-Saint-Sépulcre*, n° 95859 ; CE, 26 févr. 2001, *D...-C... et autres*, n° 211318, inédits au *Leb.*). À défaut, le permis peut être annulé pour incompétence et le maire est susceptible d' être poursuivi pour prise illégale d' intérêts.

Par ailleurs, depuis la loi municipale de 1884 (art. 83), il existe un mécanisme de dessaisissement spécifique prévu à l' article L. 2122-26 du CGCT : dans le cas où les intérêts du maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune, soit en justice, soit dans les contrats de désigner un autre de ses membres pour représenter la commune, soit en justice, soit dans les contrats. Ces dispositions sont applicables aux présidents des établissements publics de coopération intercommunale en vertu de l' article L. 5211-2 du CGCT. Ce mécanisme ne vaut que pour la représentation en justice et les contrats ; en outre, il ne joue qu' en cas d' « *opposition d' intérêts* » dans la procédure, alors que la notion de conflit d' intérêts inclut aussi bien la divergence que la convergence d' intérêts (CE, 30 janv. 2020, *Cne de Païta*, n° 421952, T. *Leb.*).

2. La mise en place d' outils adaptés pour détecter les conflits d' intérêts

La mise en œuvre du mécanisme de déport issu de la loi du 11 octobre 2013 suppose que les élus aient au préalable identifié les situations de conflit d' intérêts dans lesquels ils peuvent se trouver. À ce titre, plusieurs mesures peuvent être mises en œuvre.

Déclarations d' intérêts.- Les élus sont invités à faire connaître, particulièrement en début de mandature, leurs activités et celles de leurs proches, susceptibles de faire naître un conflit d' intérêts. Par exemple, un élu déclarera en début de mandat que son conjoint travaille dans une entreprise susceptible de répondre à des marchés publics ou qu' il est adhérent d' une association subventionnée par la collectivité, permettra d' anticiper les éventuels conflits d' intérêts en prenant les mesures qui s' imposent. À ce titre, la déclaration d' intérêts constitue un outil particulièrement utile pour détecter en amont les liens d' intérêts susceptibles d' être conflictuels et donc d' exposer l' élu à un risque de condamnation pénale et la décision publique, à un contentieux administratif. Si les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique ont assujéti de nombreux responsables publics à l' obligation de transmettre une déclaration d' intérêts et une déclaration de situation patrimoniale à la

Haute autorité pour la transparence de la vie publique, dans les deux mois suivant leur entrée en fonction (HATVP), tous les élus locaux ne sont pas assujettis à cette double obligation déclarative. L'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 l'impose uniquement aux titulaires d'une fonction exécutive locale, leurs directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet, ainsi qu'aux élus titulaires d'une délégation de signature. Au niveau communal et intercommunal, seuls sont concernés les titulaires d'une fonction exécutive locale des plus grosses collectivités, ainsi que leurs collaborateurs de cabinet⁸. Conformément aux recommandations de la HATVP, les collectivités peuvent donc aller au-delà de ce qu'exige la loi, en instaurant un système facultatif de déclaration d'intérêts pour l'ensemble des élus de leurs collaborateurs de cabinet, voire les chefs de service. Certaines collectivités, telles que la région Île-de-France, la ville de Paris ou la Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, se sont déjà lancées dans cette démarche sous la précédente mandature.

Conseil déontologique.- Il importe également que les élus puissent se tourner vers une personne ou une structure susceptible, susceptible de les conseiller rapidement sur les comportements à adopter d'un point de vue déontologique, et de leur indiquer si tel ou tel lien d'intérêt justifie ou non leur départ. Même si la loi ne l'impose pas, il est essentiel que les élus puissent, tout comme les agents publics⁹, consulter en toute confidentialité, un référent déontologue. En outre, dans les grandes collectivités, le service chargé des assemblées et des relations aux élus doit mettre en place un système efficace, permettant, avant chaque réunion du conseil ou d'une commission, de rappeler aux élus concernés qu'ils doivent s'abstenir de participer à tel ou tel processus décisionnel. Il est primordial de bien formaliser dans les procès-verbaux des séances, ainsi que dans les visas de la délibération que les élus intéressés n'ont pas participé au vote, ni aux débats pour les sujets concernés. Il faut enfin que la collectivité rende facilement accessibles les arrêtés de départ pris dans le cadre d'une mandature. Ceux-ci ne doivent pas être noyés dans la masse des actes publiés dans le Recueil des actes administratifs mais rassemblés dans un registre des départs, rendant ainsi visible aux citoyens les efforts entrepris par la collectivité pour éviter les conflits d'intérêts.

Traçabilité de la décision.- Afin d'assurer la transparence du processus normatif, les collectivités doivent prendre l'habitude de mentionner, de manière systématique, dans le projet de décision transmis en amont aux membres de l'assemblée délibérante comme dans les visas de la décision adoptée, les personnes qui ont été préalablement entendues, consultées, rencontrées, ainsi que les contributions écrites qui ont été reçues. L'habitude doit être prise d'accompagner les décisions adoptées, qu'il s'agisse de délibérations ou d'arrêtés, de la notice explicative dont doivent être précédés les décrets et certains arrêtés, en application de la circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit, et d'y insérer, comme le suggère Jean-Louis Nadal¹⁰, une rubrique recensant les personnes entendues et les contributions reçues dans le cadre du processus décisionnel. Il s'agit enfin, non seulement de publier, mais de rendre facilement accessible, sur un site internet bien organisé, doté d'un moteur de recherche performant, l'ensemble des décisions adoptées par la collectivité. La loi

⁸ Sont plus précisément concernés : les maires de communes de plus de 20 000 habitants, ainsi que leurs collaborateurs de cabinet ; les adjoints aux maires de communes de plus de 100 000 habitants titulaires d'une délégation de signature ou de fonction ; les présidents d'établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants ou dont le montant des recettes de fonctionnement dépasse cinq millions d'euros, leurs directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet et les vice-présidents des EPCI à fiscalité propre dont la population excède 100 000 habitants lorsqu'ils sont titulaires d'une délégation de signature ou de fonction.

⁹ Art. 28 *bis* de la loi du 13 juil. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, issu de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁰ J.-L. Nadal, *Renouer la confiance publique*, rapport au président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, janv. 2015, p. 78.

n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2, a créé un répertoire numérique des représentants d'intérêts commun au Gouvernement, aux autorités administratives indépendantes, à l'Assemblée nationale et au Sénat, ainsi qu'aux collectivités territoriales, rendu public par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. En attendant que l'obligation pour les représentants d'intérêts de communiquer à la HATVP les actions qu'ils entreprennent auprès des élus locaux entre en vigueur¹¹, il est indispensable d'assurer la traçabilité du processus normatif au sein de la collectivité, de rendre visible son empreinte normative¹².

¹¹ La déclaration des actions entreprises auprès des élus locaux a été reportée, d'abord au 1^{er} juil. 2020, puis au 1^{er} juil. 2022 par la loi relative à la crise sanitaire et à d'autres mesures urgentes, répondant à une demande de la HATVP, qui ne se sentait pas prête à absorber l'augmentation que représenterait l'arrivée des élus locaux dans le dispositif.

¹² V. déjà en ce sens, É. Untermaier-Kerléo, « L'encadrement du lobbying devant l'administration », in *Le lobbying*, J.-F. Kerléo (dir.), LGDJ, 2020.