



HAL
open science

Le traitement du conflit d'intérêts par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Commentaire du Guide déontologique II

Elise Untermaier-Kerléo

► To cite this version:

Elise Untermaier-Kerléo. Le traitement du conflit d'intérêts par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Commentaire du Guide déontologique II. AJCT. Actualité juridique Collectivités territoriales, 2021, 357. hal-03294301

HAL Id: hal-03294301

<https://hal.science/hal-03294301>

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.

Le traitement du conflit d'intérêts
par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique
Commentaire du *Guide déontologique II*

Élise Untermaier-Kerléo

Maîtresse de conférences de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Équipe de droit public de Lyon (EA 666), Institut d'études administratives

Revue *AJCT*, juil.-août 2021, n° 357

Résumé

Figure centrale de la déontologie de l'action publique, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique publie le second volume de son *Guide déontologique* dédié au contrôle et à la prévention des conflits d'intérêts. Elle propose une méthode permettant de les identifier et dresse une typologie des conflits entre intérêts publics, afin de mettre en évidence les zones à risque.

Six ans après sa création par la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) a vu ses compétences évoluer en profondeur avec la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique (loi TFP) : elle est ainsi devenue « *la figure centrale de la déontologie de l'action publique* » (*Guide déontologique II*, avant-propos, p. 1). La compétence originelle de la Haute Autorité consiste à contrôler les déclarations d'intérêts et de patrimoine qui lui sont transmises par plus de 15 000 responsables publics. La loi TFP a supprimé la Commission de déontologie de la fonction publique et transféré ses compétences à la HATVP. Mais, alors que l'ancienne Commission de déontologie était systématiquement saisie de tous les projets des agents publics de création d'entreprise ou de départ vers le secteur privé, la Haute Autorité a vu le champ de son contrôle resserré sur les fonctionnaires présentant un risque déontologique élevé, à savoir ceux qui occupent « *un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'État* ». Pour la grande majorité des agents, la loi a mis en place un système déconcentré : le contrôle déontologique est exercé sur place par l'autorité hiérarchique et le référent déontologue. L'appréciation de la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise ou de

départ vers le secteur privé avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation repose donc en premier lieu sur l'administration qui emploie l'agent. En cas de doute sérieux sur la compatibilité du projet de l'agent, l'autorité hiérarchique peut saisir le référent déontologue. Si l'avis émis par le référent déontologue « *ne permet pas de lever ce doute* », l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité. Lorsque l'autorité hiérarchique n'a pas de doute sur le fait que le projet de l'agent est incompatible avec les fonctions qu'il exerce au sein de son service, le cas échéant après avoir recueilli l'avis du référent déontologue, elle n'a pas à saisir la Haute Autorité : elle doit prendre une décision refusant la demande formulée par l'agent ou émettre des réserves (*Guide II*, p. 44), bien qu'elle ne dispose pas de prérogatives analogues à celle de la Haute Autorité pour en assurer le suivi.

C'est donc dans ce paysage institutionnel « *considérablement refaçoné* » (*Guide déontologique II*, avant-propos, p. 1) en matière de déontologie de la vie publique qu'intervient le *Guide déontologique II*, dédié au contrôle et à la prévention des conflits d'intérêts. Dans la lignée du premier *Guide déontologique* (avril 2019), destiné à accompagner les administrations dans la mise en œuvre des nouveaux dispositifs déontologiques, ce second volume (février 2021) présente, dans une première partie, la doctrine de la Haute Autorité relative aux risques de conflits d'intérêts puis, dans une seconde partie divisée en 9 fiches pratiques, les différentes procédures déontologiques. S'il s'adresse à l'ensemble des responsables et agents publics qui s'interrogent sur leur propre situation, afin de les aider à détecter et prévenir les situations de conflits d'intérêts, ce guide est destiné en priorité aux personnes nouvellement chargées de mettre en œuvre les contrôles déontologiques en application de la loi du 6 août 2019 : les autorités hiérarchiques, les autorités de nomination et les référents déontologues.

Depuis le rapport remis le 26 janvier 2011 au Président de la République par la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique présidée par Jean-Marc Sauvé, la prévention des conflits d'intérêts est en effet au cœur de toutes les réformes intervenues ces dernières années en matière de déontologie de la vie publique. La France n'a jamais vécu dans l'ignorance des conflits d'intérêts : l'impartialité et la satisfaction de l'intérêt général ont toujours été au cœur de la conception française du service public. L'existence d'une fonction publique de carrière, recrutée essentiellement par concours et limitant les passages entre les secteurs public et privé, constitue « *une protection structurelle* » contre les risques de conflits entre l'intérêt public et des intérêts personnels »

(rapport de la Commission Sauvé, p. 10). En outre, le droit français connaît depuis longtemps des infractions pénales sanctionnant sévèrement les « *manquements à la probité* » commis par les personnes chargées de fonctions publiques. Parmi elles-ci, les délits de prise illégale d'intérêts pendant et après l'exercice de fonctions publiques (art. 432-12 et 432-13 du Code pénal) découlent du délit d'ingérence consacré par le Code pénal napoléonien de 1810 et celui dit de pantouflage, institué en 1919.

Mais, en raison, notamment, de la multiplication des échanges entre les sphères publique et privée, de la volonté de retrouver la confiance des citoyens, quelque peu érodée par des scandales impliquant des responsables politiques, et de la pression internationale, en particulier celle exercée à travers des institutions telles que l'OCDE, la France s'est lancée dans une politique générale de prévention des conflits d'intérêts. L'obligation de prévention des conflits d'intérêts a été consacrée expressément dans les textes. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, « *les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts* ». Et 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* ». Dans le même sens, l'article 1^{er} de la Charte de l'élu local met l'accent sur la prévention des conflits d'intérêts en rappelant notamment que « *dans l'exercice de son mandat, l'élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier. / L'élu local veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts* ».

Pour les agents publics, outre l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires affirmant que « *Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité* », l'article 25 bis consacre de manière spécifique l'obligation pour le fonctionnaire de veiller « *à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver* » puis énonce les mesures propres à éviter ces situations et reprend la définition du conflit d'intérêts consacrée par la loi en 2013.

Il était donc important que la Haute Autorité nous livre sa doctrine sur cette notion centrale de conflits d'intérêts. Les principaux risques de conflit d'intérêts portent sur les

éventuels antagonismes entre les intérêts « privés » ou « personnels » détenus directement ou indirectement par la personne et l'intérêt public dont elle a la charge. La Haute Autorité propose une méthode permettant d'identifier de tels conflits (I). S'agissant de la notion plus controversée de conflits entre intérêts publics, la Haute Autorité dresse une typologie de ceux-ci, afin de mettre en évidence les zones à risque (II).

I. Une méthode pour identifier un conflit entre intérêt public et intérêt privé

Le législateur a fait l'effort de définir la notion de conflits d'intérêts. Mais en pratique, il est impossible de s'en tenir à une définition générale de la notion. La prévention des conflits d'intérêts « ne vise pas à l'élimination sans nuance de tous liens d'intérêts » (*Guide II*, p. 8). La vie en société est tissée de liens d'intérêts. Toute la difficulté est d'identifier ceux qui sont conflictuels, c'est-à-dire ceux qui sont susceptibles d'influencer ou de paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions publiques exercées. Trois éléments doivent ainsi être successivement réunis pour qu'une situation de conflit d'intérêts soit caractérisée (v. schéma, *Guide II*, p. 22) :

- 1) Un intérêt privé distinct de l'intérêt public poursuivi par l'intéressé dans l'exercice de ses fonctions publiques ;
- 2) Une interférence entre ces deux intérêts, à la fois matérielle, géographique et temporelle ;
- 3) Une intensité suffisante : l'interférence doit être de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions.

L'identification d'un conflit entre l'intérêt public poursuivi et un intérêt privé suppose qu'		
... un intérêt privé	... interfère avec les fonctions publiques exercées	... de manière suffisante pour...
<ul style="list-style-type: none"> • direct ou indirect • matériel ou moral 	<ul style="list-style-type: none"> • interférence matérielle • interférence géographique • interférence temporelle 	<ul style="list-style-type: none"> • influencer • ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions.

Revenons sur chacun de ces trois éléments.

1) L'intérêt privé

La notion de conflit d'intérêts est large car l'intérêt privé peut être direct ou indirect, matériel ou moral. Le *Guide* distingue également les intérêts selon qu'ils sont actuels ou passés mais cela renvoie plutôt à la dimension temporelle de l'interférence entre les intérêts.

Intérêt direct ou indirect.- L'intérêt privé est direct lorsqu'il est détenu par le responsable ou agent public concerné, lorsque celui-ci exerce, par exemple, une activité professionnelle qu'il cumule avec son mandat ou ses fonctions publiques principales ou bien préside une association. Les intérêts indirects sont ceux du conjoint, du partenaire lié par un PACS ou du concubin. Par sa décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, le Conseil constitutionnel a censuré, au nom du droit au respect de la vie privée, les dispositions de la loi du 11 octobre 2013 qui imposaient aux personnes assujetties de faire apparaître sur leur déclaration d'intérêts les activités professionnelles des enfants et des parents. Mais attention ! Tout lien familial peut conduire à une condamnation pour prise illégale d'intérêts (art. 432-12 du code pénal). En effet, le Code pénal sanctionne le fait pour un élu ou un agent public de prendre 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. Or, la jurisprudence pénale apprécie de manière extensive la notion d'intérêt quelconque¹, celui-ci pouvant résulter de tout lien familial mais également d'un lien d'amitié. Un maire a ainsi été condamné pour avoir recruté sa sœur en qualité de directrice générale des services (Cass. crim. 4 mars 2020, n° 19-83390)² ou 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 était « *un ami de longue date après avoir été, pendant plusieurs années, un partenaire de golf* » (Cass. crim, 5 avril 2018, n° 17-81912).

Intérêt matériel ou moral.- L'intérêt est matériel lorsqu'il procure à son détenteur un avantage financier : le fait de percevoir une rémunération ou de détenir des actions dans une société crée un lien d'intérêt matériel avec cette dernière. L'intérêt moral résulte généralement de l'exercice de fonctions bénévoles dans une association. Le délit de prise illégale d'intérêts 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

¹ 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. V. aussi dans le *Guide déontologique II* : fiche 9 « Les juges et le conflit d'intérêts », pp.107-108.

² Sur ce sujet, v. S. Dyens, « Conflits d'intérêts et prise illégale d'intérêts dans la gestion des ressources humaines », *AJCT* 2019, p. 272.

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* »³.

2) L'interférence des intérêts

Pour être en présence d'un conflit d'intérêts, il faut nécessairement que les intérêts en présence se rencontrent, autrement dit qu'ils interfèrent matériellement, géographiquement et temporellement. L'interférence matérielle est caractérisée dès lors que les prérogatives ou missions exercées par le responsable ou agent public au titre de ses fonctions publiques peuvent avoir un impact sur sa situation personnelle ou ses activités privées ou sur celles d'un proche. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un élu se voit confier une délégation en matière d'urbanisme alors qu'il dirige une agence immobilière ou s'il participe au processus décisionnel conduisant à l'attribution d'une subvention ou d'un contrat à une association ou une entreprise dont il est lui-même dirigeant (ou actionnaire) ou qui est dirigée par un proche. L'interférence matérielle est particulièrement délicate à apprécier s'agissant des élus qui conservent leur activité professionnelle. Un député peut-il être rapporteur d'un texte portant sur un secteur d'activité dans lequel il exerce son activité professionnelle ? Un élu local peut-il se voir confier une délégation portant sur le numérique, alors qu'il est cadre dans une importante société du secteur informatique (avis du Déontologue de la ville de Strasbourg du 16 déc. 2020) ? D'un côté, le cumul du mandat et d'une activité privée peut être perçue comme un atout : le fait qu'un élu soit chargé de certaines responsabilités dans un domaine qu'il connaît bien, en raison du secteur dans lequel se déploie sa vie professionnelle, peut être un atout pour la collectivité et l'intérêt général qu'elle porte. D'un autre côté, il faut éviter que l'exercice des fonctions publiques soit mis au service d'intérêts privés, au détriment de l'intérêt général. Comme le souligne le *Guide* (p. 16), l'appréciation du risque de conflits

³ Sur ce sujet, v. S. Corioland, « Aides des collectivités et aides d'État : quel traitement pénal ? », *AJCT* 2017, p. 257

d'intérêts nécessite tant « *la compréhension approfondie des fonctions publiques exercées* », que « *la détermination précise de l'intérêt susceptible d'interférer avec celles-ci* » et « *l'identification des modalités précises de l'interférence potentielle (prises de décisions, rencontres, actions de représentation d'intérêts, interventions auprès d'une autorité compétente)* ». Ainsi, dans le cas traité par le Déontologue de Strasbourg (*supra*), celui-ci a conclu à l'absence d'interférence : d'une part, la délégation confiée à l'élu portait sur l'inclusion numérique du plus grand nombre de strasbourgeois et non sur l'achat d'infrastructures ou de matériel informatiques ; d'autre part, l'élu, en tant que responsable des affaires publiques au sein de son entreprise, développait des relations avec l'État, plus rarement, avec des collectivités territoriales, mais en aucun cas avec la collectivité dont il était élu.

Le risque de conflit d'intérêts est limité à défaut d'interférence géographique : c'est le cas lorsqu'un agent décide d'exercer en cumul avec ses fonctions publiques une activité professionnelle accessoire en dehors du ressort géographique de sa collectivité ; il doit cependant veiller à ne pas avoir pour clients des personnes avec lesquelles il est en lien dans le cadre de ses fonctions publiques. Il ne peut pas non plus y avoir de conflits entre deux intérêts si ceux-ci n'interfèrent pas sur le plan temporel. Les intérêts doivent être concomitants : nés dans le passé, ils produisent des effets présents. Le *Guide déontologique II* souligne ainsi (p. 18) que « *les intérêts moraux peuvent survivre aux intérêts matériels* ». Ainsi un agent qui a quitté une entreprise ou une association avant de rejoindre le secteur public, peut encore détenir, à défaut d'un intérêt matériel, un intérêt moral susceptible de l'empêcher d'exercer ses fonctions publiques de manière indépendante, objective et impartiale : c'est le cas, par exemple, s'il a gardé un mauvais souvenir de cette expérience professionnelle passée. La loi prévoit qu'un agent public ne peut exercer une activité privée si cela risque d'interférer avec les fonctions publiques exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité (L. 13 juil. 1983, art. 25 *septies* et 25 *octies*). La loi de 2013 impose aux assujettis de faire figurer sur leurs déclarations d'intérêts les activités professionnelles exercées au cours des cinq dernières années.

3) L'intensité de l'interférence

Le conflit d'intérêts suppose une certaine intensité de l'interférence : celle-ci doit être « *de nature à influencer, ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif*

des fonctions ». Comme le rappelle le *Guide* (p. 21), conformément à la théorie des apparences, il suffit que l'interférence puisse faire naître un doute raisonnable sur l'exercice indépendant, impartial et objectif de la fonction pour caractériser une situation de conflit d'intérêts. Il y a donc conflit d'intérêts lorsqu'une collectivité attribue un contrat à une entreprise par une délibération à laquelle a pris part un élu qui participe aux organes dirigeants de cette entreprise. Il est indifférent que cet élu n'ait pas, en l'espèce, cherché à favoriser l'entreprise dans laquelle il détient un intérêt.

Il n'en reste pas moins que le conflit d'intérêts suppose une certaine « intensité » des intérêts en question. Le rapport de la commission Sauvé (p. 11) mettait en garde contre « *une conception de la prévention et de la probité qui, de vertueuse, deviendrait suspicieuse ou excessivement intrusive. (...) Ce n'est pas parce qu'une décision publique peut avoir une incidence sur un intérêt personnel de celui qui la prend qu'existe nécessairement un conflit d'intérêts. Pour que naisse une telle situation, il faut que l'intérêt personnel de l'acteur public soit effectivement susceptible d'influencer ou de paraître influencer ses décisions* ». Pour les responsables et agents publics comme pour les différentes personnes chargées d'exercer les contrôles déontologiques, toute la difficulté est là : savoir mesurer l'intensité de l'interférence et décider si le seuil nécessaire pour caractériser le conflit d'intérêts est atteint. Tout lien d'amitié qui interfère avec l'exercice des fonctions publiques est-il susceptible de faire naître un conflit d'intérêts ? Si le juge pénal condamne pour prise illégale d'intérêts le maire qui a participé au processus décisionnel conduisant à la vente d'un terrain à une entreprise dirigée un ami de longue date (Cass. crim, 5 avril 2018, n° 17-81912, cité *supra*), qu'en est-il de l'élu qui participe à la procédure de passation d'un marché public à laquelle candidate une entreprise dirigée par une simple connaissance, une personne croisée une fois dans un dîner ?

II. Une typologie des conflits entre intérêts publics

En l'état actuel du droit, la Haute Autorité propose de distinguer deux hypothèses principales, selon que le cumul concerne le secteur public *stricto sensu*, c'est-à-dire des organismes de droit public, ou bien un organisme de droit public et un organisme de droit privé relevant du secteur public élargi. Ce dernier comprend les entreprises publiques (sociétés nationales, sociétés d'économie mixte, sociétés publiques locales, notamment) et plus largement, tous les organismes privés créés à l'initiative des personnes publiques à l'égard desquels elles détiennent un pouvoir de contrôle réel (certaines associations en particulier). Si le risque de conflit d'intérêts n'est pas écarté lorsqu'il concerne le secteur

public élargi (2), il est en partie neutralisé lorsqu'il concerne le secteur public au sens strict (1).

1) Le risque de conflit d'intérêts partiellement neutralisé au sein du secteur public *stricto sensu*

La définition législative du conflit d'intérêts retient la possibilité d'une interférence entre les fonctions publiques exercées avec un autre intérêt public. Le conflit entre intérêts publics résulte alors du cumul d'un mandat ou d'une fonction publique avec un autre mandat ou une autre fonction publique. Certains cumuls sont expressément interdits par la loi. Par exemple, aux termes de l'article 23 de la Constitution, « *les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire, de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou de toute activité professionnelle* », ou encore, selon l'article LO142 du code électoral, « *l'exercice des fonctions publiques non électives est incompatible avec le mandat de député* ». En dehors des cas d'incompatibilité fixés par la loi, le cumul reste possible, comme le souligne la Haute Autorité, mais cela ne signifie pas qu'il ne puisse faire naître de conflit d'intérêts (*Guide II*, p. 24).

Le conflit « public-public » semble constituer une exception française, la plupart des États n'envisageant que le conflit entre les fonctions publiques exercées et un intérêt privé⁴. Dans son rapport d'activité 2017, la Haute Autorité avait d'ailleurs proposé de modifier la définition législative pour supprimer la possibilité de conflits d'intérêts entre deux intérêts publics (proposition n° 6, p. 148). Certains suggèrent également de modifier l'article 432-12 du Code pénal relatif à la prise illégale d'intérêts, afin de remplacer les mots « *un intérêt quelconque* » par « *un intérêt personnel distinct de l'intérêt général* » (proposition de loi n°133 - Sénat - visant à clarifier le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts, déposée par Bernard Saugey, votée le 24 juin 2020 à l'unanimité au Sénat)⁵.

En l'absence de modification législative, la Haute Autorité propose une cartographie des conflits d'intérêts publics, afin de mettre en évidence les zones à risque. Elle considère qu'en cas de cumul de mandats ou de fonctions au sein du secteur public *stricto sensu*, le

⁴ <https://www.hatvp.fr/presse/le-conflit-dinteret-public-public-une-exception-francaise/>

⁵ V. not. J. de Guillen Schmidt, M.-C. Denoix De Saint Marc, J.-É. Schoettl, « Participation d'un élu local à une délibération relative à un organisme extérieur à une collectivité territoriale dans lequel il représente cette collectivité et prise illégale d'intérêts », *LPA* 20 juin 2019, n° 145j3, p. 7 ; J.-F. Kerléo, « Participation des élus locaux à des organismes extérieurs et conflits d'intérêts », *JCP A* n° 47, 23 nov. 2020, n° 2305.

risque de conflit d'intérêts peut être écarté lorsque les intérêts publics en jeu sont convergents. C'est notamment le cas en matière d'intercommunalité, par exemple lorsqu'un conseiller municipal est également conseiller communautaire : il n'est pas en situation de conflit d'intérêts s'il participe à une délibération de l'EPCI portant sur sa collectivité territoriale. Il n'est donc pas question d'interdire à un maire ou des conseillers municipaux d'une même commune, par ailleurs délégués communautaires au sein de l'établissement public dont la commune est membre de participer aux délibérations de l'établissement public intercommunal chaque fois que l'objet porterait sur la commune dont ils sont élus. Ceci étant, il n'est pas évident de considérer que les intérêts sont convergents au sein d'une structure intercommunale : les communes membres d'un même groupement peuvent être en concurrence pour obtenir, par exemple, l'implantation d'un équipement public sur leur territoire. Mais il serait contraire à la logique même de l'intercommunalité de ne pas permettre aux communes membres de défendre leurs points de vue au sein de l'assemblée intercommunale.

Le risque de conflit d'intérêts n'existe donc que si les intérêts des personnes publiques concernées sont *a priori* divergents. Tel peut être le cas lorsque des responsabilités publiques sont exercées au niveau national par un élu local. La Haute Autorité (*Guide II*, p. 26) fournit l'exemple d'un élu d'une commune de montagne ou d'une commune littorale, lesquelles sont concernées par l'application de lois particulières en raison des enjeux spécifiques de leurs territoires, qui deviendrait conseiller ministériel sur les questions intéressant l'environnement et l'urbanisme. La question s'est d'ailleurs posée devant le Conseil d'État, à propos de la création d'une nouvelle cour administrative d'appel : la ville de Montpellier et l'ordre des avocats au barreau de Montpellier ont contesté la décision annoncée par la garde des sceaux, ministre de la justice, de retenir Toulouse plutôt que Montpellier pour l'implantation de cette cour, en invoquant les « intérêts » de la ministre, ancienne élue toulousaine et professeure de droit public à Toulouse, à l'égard de la ville rose. La Haute juridiction a écarté cet argument, relevant que la ministre s'était « *bornée à faire part de l'intention du Gouvernement arrêtée au vu de l'étude de faisabilité, et de l'avis du Conseil d'État, favorables au choix de cette implantation* ». Il n'y aurait donc pas pu avoir d'interférence entre les prérogatives exercées en qualité de ministre et sa qualité d'ancienne élue et professeur à Toulouse (CE, 19 mai 2021, n° 439677 et 441454, *Cne de Montpellier*, JCP A n° 22, 31 mai 2021, act. 349, M. Touzeil-Divina).

2) Le risque de conflits d'intérêts confirmé au sein du secteur public élargi

En ce qui concerne le secteur public élargi, la Haute Autorité considère que le risque de conflits d'intérêts ne peut être écarté dans la mesure où il s'agit de structures privées (associations, SEM, SPL). Bien que la structure soit créée à l'initiative de la collectivité et/ou que son capital soit partiellement (SEM) ou exclusivement (SPL) public, leurs intérêts ne convergent pas nécessairement avec ceux des personnes publiques qui les ont créées ou qui en sont actionnaires. Il incombe donc aux élus locaux de se déporter de toute décision relative aux associations où ils exercent des fonctions, même à titre bénévole, en tant que représentants de la collectivité, notamment les décisions leur octroyant des subventions et portant sur les contrats susceptibles d'être conclus avec elle (*Guide II*, p. 27). En application de la jurisprudence, déjà citée, *Ville de Bagneux*, le juge pénal condamne en effet pour prise illégale d'intérêts les élus locaux pour avoir participé aux délibérations et pris part aux votes attribuant des subventions aux associations municipales ou intercommunales qu'ils présidaient *ès qualités* (Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 08-82068).

De la même façon, un responsable public qui prend une décision ou participe à un vote concernant une SEM dans laquelle il exerce des fonctions de président ou de membre du conseil d'administration s'expose au risque d'être pénalement poursuivi pour prise illégale d'intérêts. Aux termes de l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales, « *Les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant les fonctions de membre ou de président du conseil d'administration, de président-directeur général ou de membre ou de président du conseil de surveillance, ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale* ». Si ces dispositions permettent *a priori* d'écarter le risque d'annulation de la délibération par le tribunal administratif, elles n'ont pas pour effet de soustraire ces élus à leur responsabilité pénale. La Haute Autorité préconise donc que les élus locaux se déportent de toute décision relative aux SEM où ils sont administrateurs en tant que représentants de la collectivité actionnaire. En revanche, elle admet que l'élu intéressé puisse participer aux discussions de la collectivité visant à informer les autres élus des activités de la société dans laquelle il siège, avant le débat et le vote sur une délibération donnée (*Guide II*, pp. 28-29).

Le conflit entre intérêts publics		
Secteur public <i>stricto sensu</i> (personnes morales de droit public : État, collectivités, établissements publics)		Secteur public élargi (incluant notamment sociétés privées à capital public, associations créées ou contrôlées par des personnes publiques)
Convergence des intérêts = Risque de conflit d'intérêts neutralisé Exemple : en matière d'intercommunalité	Divergence des intérêts = Risque de conflit d'intérêts → déport Exemple : responsabilités publiques exercées au niveau national par un élu local	Divergence des intérêts = Risque de conflit d'intérêts → déport

Le *Guide déontologique II* constitue un outil précieux pour les personnes chargées des contrôles déontologiques, en particulier les référents déontologiques : la méthode et la typologie proposées dans cet ouvrage permettent de mieux cerner la notion de conflits d'intérêts. Il n'en reste pas moins nécessaire de constituer et de rendre accessible un corpus jurisprudentiel plus dense. Il est important, au fil des cas d'espèce soumis aux référents déontologiques comme à la Haute Autorité et aux juridictions, d'affiner la cartographie des conflits d'intérêts, afin de rendre compte de la diversité des cas d'espèce et de mieux mesurer le degré d'intensité justifiant le déport du processus décisionnel.