



Haute Autorité
pour la transparence
de la vie publique

Guide déontologique II

Contrôle et prévention
des conflits d'intérêts

Avant-propos du président

Détecter et prévenir, sensibiliser et expliquer : la prévention des conflits d'intérêts constitue le cœur de mission de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique et le vecteur premier de la diffusion d'une culture de l'intégrité dans la sphère publique.

Les responsables et agents publics sont aussi des citoyens intégrés dans la société qui nouent, au cours de leurs différentes activités, tant professionnelles que personnelles, de multiples liens d'intérêts qui peuvent parfois interférer, ou paraître interférer, avec les intérêts publics qu'ils ont la charge de représenter. Dans ce cas, le conflit d'intérêts peut légitimement susciter dans l'esprit du citoyen un doute quant à l'intégrité des décisions publiques qui sont prises à son égard. Pour cette raison, et parce qu'une situation de conflit d'intérêts constitue un terrain propice aux infractions à la probité, il est du devoir de chaque responsable et agent public de s'en prémunir. Cette démarche, préventive, est dans l'intérêt de tous ; car si elle est de nature à renforcer la confiance du citoyen dans les décideurs publics, elle préserve aussi ces derniers de tout risque déontologique et pénal.

La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a considérablement refaçonné le paysage institutionnel en matière de déontologie des agents publics, en faisant de la Haute Autorité la figure centrale de la déontologie de l'action publique.

La Haute Autorité est désormais susceptible d'intervenir tout au long de la vie des responsables et agents publics : chargée du contrôle des mobilités professionnelles entre secteur privé et secteur public, elle les accompagne, au cours de leurs fonctions, dans le respect des obligations déontologiques, et veille à la prévention des conflits d'intérêts.

J'en suis conscient : ces récentes évolutions ont pu susciter des interrogations, aussi bien parmi ceux qui font l'objet de ces procédures que parmi les administrations et les référents déontologues, qui se sont vu confier une partie du contrôle déontologique des projets de leurs agents. Certaines notions, et notamment le conflit d'intérêts et la prise illégale d'intérêts, peuvent être difficiles à apprécier. Ce Guide, qui poursuit les

efforts accomplis par la Haute Autorité en matière d'accompagnement des responsables publics, a pour vocation d'exposer de façon pédagogique son expertise et sa doctrine, qu'elle a précisée et développée au cours des derniers mois.

Le premier tome du Guide déontologique, publié au printemps 2019, se voulait résolument tourné vers les besoins des acteurs publics pour une gestion éthique de leurs structures, et mettait à leur disposition de multiples outils pratiques et dispositifs déontologiques.

Ce second volet, qui s'adresse directement aux administrations, aux référents déontologues ainsi qu'aux agents et responsables publics, s'inscrit dans le même esprit. Il présente la doctrine de la Haute Autorité relative aux risques de conflit d'intérêts, notamment entre intérêts publics, et propose une présentation synthétique des procédures déontologiques qui jalonnent la carrière d'un agent ou d'un responsable public.

Le guide s'adresse aussi, plus largement, aux citoyens intéressés par la déontologie des responsables et agents publics. Les médias trouveront quant à eux de nombreux éléments utiles à leur rôle d'information du public, absolument essentiel dans une démocratie, sur le travail de la Haute Autorité et sur les exigences fortes imposées aux administrations comme aux responsables publics.

Je fais le vœu que ce Guide déontologique favorise le travail d'acculturation aux réflexes déontologiques, un travail qui se doit d'être à la fois individuel et collectif, et qui seul permet de prévenir les situations de conflits d'intérêts. Il aidera je l'espère les agents et responsables publics à dépasser « *l'incertitude du discernement personnel*¹ » qu'ils peuvent éprouver face à une interrogation de nature déontologique, tout autant qu'il accompagnera les administrations et les référents déontologues dans les nouvelles missions qui sont les leurs. Car force est de le rappeler : c'est dans leur incarnation quotidienne, par chacune et chacun d'entre nous, que les principes d'exemplarité, d'impartialité, de probité et d'intégrité de l'action publique acquièrent la plénitude de leur valeur.

Didier Migaud

1. J.M. SAUVE, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles satisfaisantes ? », *L'ENA hors les murs*, septembre 2014

Avant-propos	1
---------------------	----------

Introduction	8
---------------------	----------

PREMIÈRE PARTIE :
LE TRAITEMENT DU CONFLIT D'INTÉRÊTS
PAR LA HAUTE AUTORITÉ

1. Détecter les conflits d'intérêts

1.1	Le risque de conflit avec des intérêts privés	16
1.2	Le risque de conflit entre intérêts publics	22
1.3	Le risque de prise illégale d'intérêts	30

2. Prévenir les conflits d'intérêts

2.1	Prévenir le risque pénal	33
2.2	Prévenir les risques de conflit d'intérêts	36

DEUXIÈME PARTIE :
LES FICHES PRATIQUES

Fiche 1. La répartition des compétences en matière déontologique

1.	L'autorité hiérarchique, une compétence de principe pour les fonctionnaires et les agents publics	44
2.	La Haute Autorité, une compétence d'exception pour les fonctions les plus sensibles	45

Fiche 2. Le contrôle préalable à la nomination des agents publics

1.	Les fonctions publiques concernées	53
2.	Les conditions du contrôle préalable	55
3.	Les objectifs du contrôle opéré par la Haute Autorité	57

Fiche 3. Le contrôle des déclarations d'intérêts

1.	Les personnes soumises à l'obligation de déposer une déclaration d'intérêts auprès de la Haute Autorité	59
2.	Les intérêts concernés par l'obligation déclarative	60
3.	Les principales mesures pour prévenir ou faire cesser un conflit d'intérêts au début des fonctions	61

Fiche 4. Le contrôle de la gestion sans droit de regard des instruments financiers

1.	Les personnes concernées par l'obligation de gestion sans droit de regard des instruments financiers	65
2.	Les instruments financiers concernés	66
3.	Les modalités de gestion sans droit de regard qui s'imposent	66
4.	Quand et comment se conformer à l'obligation ?	70

Fiche 5. Le contrôle du cumul d'activités

1.	Les cumuls d'activités autorisés	72
2.	Les hypothèses de cumul d'activités pour lesquelles la Haute Autorité est saisie	72
3.	Les postes concernés dans la fonction publique	74

Fiche 6. Le contrôle de la reconversion professionnelle dans le secteur privé

1.	Les responsables et agents publics concernés	78
2.	Les hypothèses de reconversion professionnelle concernées	80
3.	Les réserves imposées à l'égard des responsables et agents publics en reconversion professionnelle	81

Fiche 7. Les suites des contrôles

1.	La typologie des avis rendus	85
2.	Les suites de l'avis	87

Fiche 8. Le conseil déontologique

1.	La demande d'avis dans le cadre de l'article 20 de la loi du 11 octobre 2013	93
2.	Les référents déontologiques au sein des administrations publiques	95

Fiche 9. Les juges et le conflit d'intérêts

1.	Le juge administratif et le conflit d'intérêts	97
2.	Le juge pénal et le délit de prise illégale d'intérêts	105

ANNEXE :

LES RESPONSABLES PUBLICS CONCERNÉS PAR LES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES AU TITRE DE L'ARTICLE 11 DE LA LOI DU 11 OCTOBRE 2013	113
---	-----

Introduction

Les individus nouent, tout au long de leur vie, de nombreux liens d'intérêts, personnels comme professionnels. Une action efficace de prévention des conflits d'intérêts « *répond avant tout à une exigence sociale, politique et philosophique fondamentale de renforcement de la confiance des citoyens dans leurs gouvernants et dans tous ceux qui concourent à l'exercice de l'action publique* »². Elle ne vise pas à l'élimination sans nuance de tous liens d'intérêts.

Les responsables et agents publics veillent, au cours de l'exercice de leurs fonctions publiques, à prévenir et à faire cesser les conflits d'intérêts. Un certain nombre de procédures, faisant intervenir différentes autorités, permettent de s'assurer que les règles déontologiques sont respectées et que des infractions pénales, en particulier la prise illégale d'intérêts, ne sont pas commises par les intéressés.

L'appréciation des risques déontologiques et pénaux tout au long de la carrière des agents publics, qui relève en partie de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique depuis la loi du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique*³, s'inscrit dans la continuité de son expérience développée depuis 2013. Cette évolution de ses compétences présente de nouveaux enjeux qui nécessitent l'adaptation des mesures de prévention des conflits d'intérêts.

Le premier **guide** déontologique de la Haute Autorité, publié en avril 2019, déterminait le cadre général de la gestion éthique et accompagnait les administrations dans la modernisation de leurs instruments déontologiques. À ce titre, il formulait des conseils et fournissait des recommandations pratiques.

Ce deuxième guide présente l'état de la doctrine de la Haute Autorité sur le conflit d'intérêts, sa détection et sa prévention, pour mener les examens au fond et apprécier les risques, en particulier celui de la prise illégale d'intérêts. Il se justifie par l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique* qui charge désormais les autorités hiérarchiques de mener les contrôles déontologiques de la grande majorité de leurs agents, en lieu et place de l'ancienne commission de déontologie de la fonction publique.

Sa première partie présente le traitement des conflits d'intérêts réalisés par la Haute Autorité. Sa deuxième partie se compose de fiches pratiques, consultables en fonction des besoins du lecteur. Elles explicitent la nouvelle répartition des compétences en matière de contrôle et de conseil déontologique. Elles précisent les différents contrôles menés par la Haute Autorité, tout en formulant des mesures de précaution propres à prévenir les risques identifiés. Elles évoquent la mission de conseil déontologique qui est la sienne. Elles présentent enfin le cadre jurisprudentiel dans lequel la Haute Autorité s'inscrit pour mener à bien ses différentes missions.

À qui ce guide est-il destiné ?

Ce guide s'adresse en premier lieu aux personnes nouvellement chargées de mettre en œuvre les examens déontologiques, en application de la loi du 6 août 2019 :

- les autorités hiérarchiques, saisies par les agents de leur projet de reconversion professionnelle ou de cumul d'activités ;
- les autorités de nomination de responsables et agents publics ayant exercé une activité privée auparavant ;
- les référents déontologiques, saisis pour avis par les autorités précitées ou pour apporter des conseils aux agents publics tout au long de leur carrière.

En deuxième lieu, ce guide s'adresse à tous les responsables publics, fonctionnaires et agents qui s'interrogent sur leur propre situation, afin de les aider dans la compréhension et la mise en œuvre de leurs obligations déontologiques.

En dernier lieu, par la présentation pédagogique de la notion de conflits d'intérêts et de sa prévention, ce guide doit permettre d'associer de manière dynamique le secteur privé aux exigences déontologiques inhérentes à l'exercice de fonctions publiques, dans le cadre des mobilités public/privé. Une large diffusion d'une « culture du conflit d'intérêts » auprès des acteurs privés susceptibles d'embaucher d'anciens responsables ou agents publics est un outil efficace de la prévention de telles situations.

2. Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts présidée par J.-M. Sauvé, *Pour une nouvelle déontologie de la fonction publique*, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, p. 10.

3. Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique*, JORF n°0182 du 7 août 2019.

Partie I

Le traitement du conflit d'intérêts par la Haute Autorité

Détecter les conflits d'intérêts

Prévenir les conflits d'intérêts

Cette première partie vise à clarifier la notion de conflit d'intérêts autant que la méthode de la Haute Autorité pour identifier et gérer les risques en la matière, en vertu des compétences que lui attribuent les dispositions de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et des articles 25 septies et octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique* définit, pour la première fois, le 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* »⁴.

Cette définition est reprise par l'article 25 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 telle que modifiée par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016.

Toutefois, la mission de détection et de prévention des conflits d'intérêts par la Haute Autorité s'inscrit dans le contexte plus large de l'appréciation par les juges administratif et pénal de situations proches, notamment certaines atteintes à la probité prévues aux articles 432-10 et suivants du code pénal.

4. Article 2, I de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*.

5. Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO 94, 28.3.2014, p. 65–242.

Le conflit d'intérêts, une notion qui dépasse le seul droit français

L'article 24 de la directive 2014/24/UE⁵ retient un lien direct entre le conflit d'intérêts et l'impartialité et l'indépendance du pouvoir adjudicateur :

Article 24 Conflits d'intérêts

« Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs prennent les mesures appropriées permettant de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors des procédures de passation de marché, afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques. »

La notion de conflit d'intérêts vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché ».

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, un « conflit d'intérêts comporte le risque que le pouvoir adjudicateur public se laisse guider par des considérations étrangères au marché en cause et qu'une préférence soit donnée à un soumissionnaire de ce seul fait »⁶.

L'obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste ainsi à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication⁷.

6. CJUE, 12 mars 2015, *eVigilo Ltd*, aff. C-538/13.

7. CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

1. Détecter les conflits d'intérêts

Si la loi du 11 octobre 2013 définit le conflit d'intérêts, elle n'énumère pas les éléments permettant de révéler son existence dans le cadre de chacun des contrôles déontologiques que la Haute Autorité ou les autorités hiérarchiques doivent mener.

Dès lors, l'appréciation du risque de conflit d'intérêts repose sur trois éléments :

- la compréhension approfondie des fonctions publiques exercées ;
- la détermination précise de l'intérêt susceptible d'interférer avec celles-ci ;
- l'identification des modalités précises de l'interférence potentielle (prises de décisions, rencontres, actions de représentation d'intérêts, interventions auprès d'une autorité compétente).

De plus, le conflit d'intérêts peut résulter d'intérêts privés comme d'intérêts publics.

Enfin, la Haute Autorité a dû s'interroger sur la place qu'elle entendait accorder à l'analyse du risque pénal, et plus particulièrement du délit de prise illégale d'intérêts prévu aux articles 432-12 et 432-13 du code pénal. En conséquence, et conformément aux dispositions de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983, lorsqu'elle est saisie par un responsable public ou par l'autorité hiérarchique d'un agent public, la Haute Autorité se livre à un double contrôle des risques : celui du conflit d'intérêts *stricto sensu* et celui de la prise illégale d'intérêts.

1.1 Le risque de conflit avec des intérêts privés

Tous les individus nouent des relations, qu'elles soient personnelles ou professionnelles, qui font naître des liens d'intérêts. Mais ces liens ne deviennent problématiques pour le responsable ou l'agent public que lorsqu'ils sont susceptibles d'interférer avec « l'exercice indépendant, impartial et objectif » de la fonction publique exercée.

1.1.1 Les intérêts privés concernés

Les intérêts privés de nature à altérer l'exercice intègre et probe d'une fonction publique sont larges et hétérogènes. Il ne saurait en exister une liste exhaustive. Néanmoins, une typologie des différents intérêts pris en compte dans l'appréciation des conflits d'intérêts par la Haute Autorité peut être dressée.

1.1.1.1 Les intérêts directs et indirects

Les intérêts directs sont ceux que le responsable ou l'agent public détient directement, tels que l'exercice d'une activité professionnelle par le titulaire d'un mandat électif.

Les intérêts indirects sont ceux de son conjoint, de son partenaire lié par un PACS ou de son concubin.

La loi du 11 octobre 2013 énumère les intérêts directs soumis à l'appréciation de la Haute Autorité, dans le cadre de la déclaration d'intérêts :

- les activités professionnelles donnant lieu à rémunération ou gratification exercées à la date de la nomination ;
- les activités professionnelles ayant donné lieu à rémunération ou gratification exercées au cours des cinq dernières années ;
- les activités de consultant exercées à la date de la nomination et au cours des cinq dernières années ;
- les participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou d'une société à la date de la nomination ou au cours des cinq dernières années ;
- les participations financières directes dans le capital d'une société à la date de la nomination ;
- les fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts ;
- les fonctions et mandats électifs exercés à la date de la nomination.

Les seuls intérêts indirects soumis à l'obligation de déclaration sont les « activités professionnelles exercées à la date de la nomination par le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin ».

Tel qu'adopté par le Parlement, le dispositif légal visait des intérêts indirects plus larges. Outre les activités professionnelles exercées par le conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin, devaient être déclarées par le responsable public les activités professionnelles des enfants et des parents. Dans sa décision du 9 octobre 2013⁸, le Conseil constitutionnel a partiellement censuré le texte adopté par le législateur en déclarant notamment non conforme à la Constitution l'obligation de déclarer les activités professionnelles des enfants et des parents. Une telle obligation, jugée légitime concernant le conjoint, porte une « atteinte au droit au respect de la vie privée qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi » concernant les enfants et les parents⁹.

Toutefois, l'absence d'obligation déclarative ne dispense pas le responsable public de veiller à prévenir et faire cesser les situations de conflits d'intérêts qui naîtraient d'autres intérêts indirects détenus, tels que l'activité des enfants ou d'autres membres de la famille ou, encore, les intérêts générés par des relations amicales¹⁰.

1.1.1.2 Les intérêts matériels et moraux

La distinction entre intérêts matériels et intérêts moraux porte essentiellement sur la nature de l'intérêt.

L'intérêt matériel est celui qui naît d'un lien financier ou pécuniaire entre le responsable public et une entité. Le fait, pour une personne, de percevoir des rémunérations ou de détenir des actions dans une société crée un lien d'intérêt évident avec cette dernière.

L'intérêt moral peut naître de l'intérêt matériel, par exemple, dans le cas où une activité professionnelle a été exercée dans une société privée, un attachement à cette société peut perdurer, en dehors du lien d'intérêt matériel passé, de nature financière. Mais les intérêts moraux sont principalement ceux qu'un responsable ou agent public peut avoir en dehors de tout lien matériel avec une entité. Ainsi, les fonctions bénévoles dans une association ou une organisation non-gouvernementale sont susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts.

8. Voir « Commentaire » de la décision n°2013-676 DC du 9 octobre 2013, p. 2. En ligne : <https://bit.ly/36VcEKe>

9. Décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, Loi relative à la transparence de la vie publique, considérant 15.

10. Notamment au regard du délit de prise illégale d'intérêts, tel qu'interprété par la Cour de cassation, lequel peut être constitué en raison de relations amicales. Voir Crim., 13 janvier 2016, n° 14-88.382.

1.1.1.3 Les intérêts présents et passés

En plus des intérêts concomitants à l'examen de la situation du responsable public, la Haute Autorité examine les intérêts détenus dans le passé. En particulier, la déclaration d'intérêts déposée à la prise de fonctions fait état des intérêts nés au cours des cinq années précédant la nomination ou l'élection. Cela s'explique par le fait que les intérêts moraux peuvent survivre aux intérêts matériels.

Il demeure en effet possible qu'un responsable ou agent public ayant quitté ses activités bénévoles au sein d'une association ou d'une organisation non-gouvernementale ne soit pas en mesure d'exercer ses missions de manière indépendante, objective et impartiale à l'égard de cet organisme.

Le législateur a toutefois considéré qu'un intérêt passé de plus de cinq ans n'était pas d'une intensité suffisante pour faire naître un risque de conflit d'intérêts.

Le même esprit guide le contrôle préalable à la nomination, introduit, pour certaines fonctions publiques particulièrement sensibles, par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, puisqu'il s'agit de vérifier, pour l'essentiel, que les intérêts professionnels nés dans les trois années précédant la nomination ne sont pas de nature à interférer avec les fonctions publiques à venir.

1.1.2 La méthode pour caractériser l'interférence ou le risque d'interférence

Une fois les intérêts identifiés, le travail de détection du conflit d'intérêts ou de son risque consiste en la caractérisation d'une interférence entre ces intérêts et la fonction publique exercée :

- dans le passé, lorsqu'il s'agit de l'examen de la reconversion professionnelle;
- à l'avenir, lorsqu'il s'agit de l'examen préalable à la nomination;
- concomitamment, lorsqu'il s'agit de l'examen du cumul d'activités¹¹.

La Haute Autorité cherche à déterminer, au-delà de l'intitulé du mandat ou du poste, le champ d'intervention effectif du responsable ou de l'agent public, en analysant les textes organisant ses compétences ou toute autre source d'informations pertinente. La Haute Autorité prête également une attention particulière aux délégations de signature ou de pouvoir qui sont confiées à des tiers. Le champ géographique est enfin un élément à déterminer avec précision puisque la caractérisation de l'interférence en dépend.

11. Ces différents contrôles sont précisément présentés dans la seconde partie du présent guide.

Enfin, les fonctions effectivement exercées, ou tout autre intérêt privé, doivent également être analysés le plus finement possible pour caractériser l'interférence.

1.1.2.1 Le champ matériel de l'intérêt

Lorsque l'intérêt privé et l'intérêt public interviennent dans le même secteur, il y a un risque de conflit d'intérêts, lorsque ce n'est pas le cas, le risque est limité.

Il y a conflit d'intérêts :

- lorsqu'un conseiller en cabinet ministériel est président d'une association qui entretient des relations avec son ministère en raison de son activité;
- lorsqu'un conseiller régional participe au vote d'une délibération bénéficiant à une société de promotion immobilière dans laquelle il détient des participations.

À l'inverse, il n'y a pas de conflit d'intérêts lorsqu'un adjoint au maire ou un vice-président exerce une activité privée dans un autre secteur d'activité que celui pour lequel il a reçu une délégation de signature ou de fonction. En revanche, le conflit d'intérêts peut être caractérisé à l'occasion du vote d'une délibération relative à cette activité privée, en dehors de l'exercice de la délégation de signature.

1.1.2.2 Le champ géographique de l'intérêt

Le critère géographique permet de déterminer si les deux intérêts existent sur un territoire commun, ce qui constitue un indice pour l'identification de l'interférence.

Il n'y a pas de conflit d'intérêts :

- si le directeur d'un service ministériel préside de manière bénévole le conseil d'administration d'une société publique locale dont le champ de compétence géographique est limité et qui n'entretient aucune relation avec le ministère;
- si un attaché territorial exerce une activité de conseil dans le ressort géographique d'une autre collectivité. Si le risque de conflit d'intérêts peut être écarté à l'égard de la structure par l'intermédiaire de laquelle le fonctionnaire exerce son activité de conseil, il pourrait cependant être caractérisé à l'égard de clients de son entreprise.

Mandat	Compétence matérielle	Compétence géographique
Parlementaire	Générale	Générale : territoire national
Président d'un exécutif local	Générale	Limitée au territoire de la collectivité territoriale
Vice-président d'un exécutif local ou conseiller délégué	Spéciale en fonction de la délégation octroyée par le président de la collectivité territoriale	Limitée au territoire de la collectivité territoriale
Préfet	Générale	Limitée au territoire du département ou de la région
Recteur d'académie	Limitée à l'éducation nationale	Limitée au territoire de l'académie
Membre de cabinet ministériel ou fonctionnaire nommé en conseil des ministres	Spéciale en fonction de l'intitulé de son poste	Nationale
Dirigeant d'une entreprise ou d'un établissement public national	Spéciale en fonction de l'objet social de l'établissement ou de la société	Nationale
Dirigeant d'une entreprise ou d'un établissement public local	Spéciale en fonction de l'objet social de l'établissement ou de la société	Locale

1.1.2.3 Le champ temporel de l'intérêt

Enfin, l'interférence a une dimension temporelle dans la mesure où elle peut résulter d'un intérêt passé qui continue de produire des effets.

Par exemple, la Haute Autorité a considéré que l'exercice passé de fonctions de direction, au sein d'une filiale de la SNCF et de la RATP qui avait notamment pour objet de réaliser une ligne de tramway pour une métropole, est de nature à présenter des risques déontologiques et pénaux substantiels, dans le cadre de la nomination de cette personne pour diriger les services en charge des mobilités de cette même métropole¹².

En revanche, une telle nomination ne soulève *a priori* pas de tels risques si les fonctions étaient exercées dans une autre filiale du groupe, qui n'entretenait aucun lien particulier avec la métropole¹³.

12. Délibération n° 2020-55 du 31 mars 2020.

13. Délibération n° 2020-247 du 1^{er} décembre 2020.

Cependant, la détention passée d'un intérêt strictement financier, par exemple le fait d'avoir détenu des actions dans une société, ne sera *a priori* pas regardée comme étant de nature à créer une interférence.

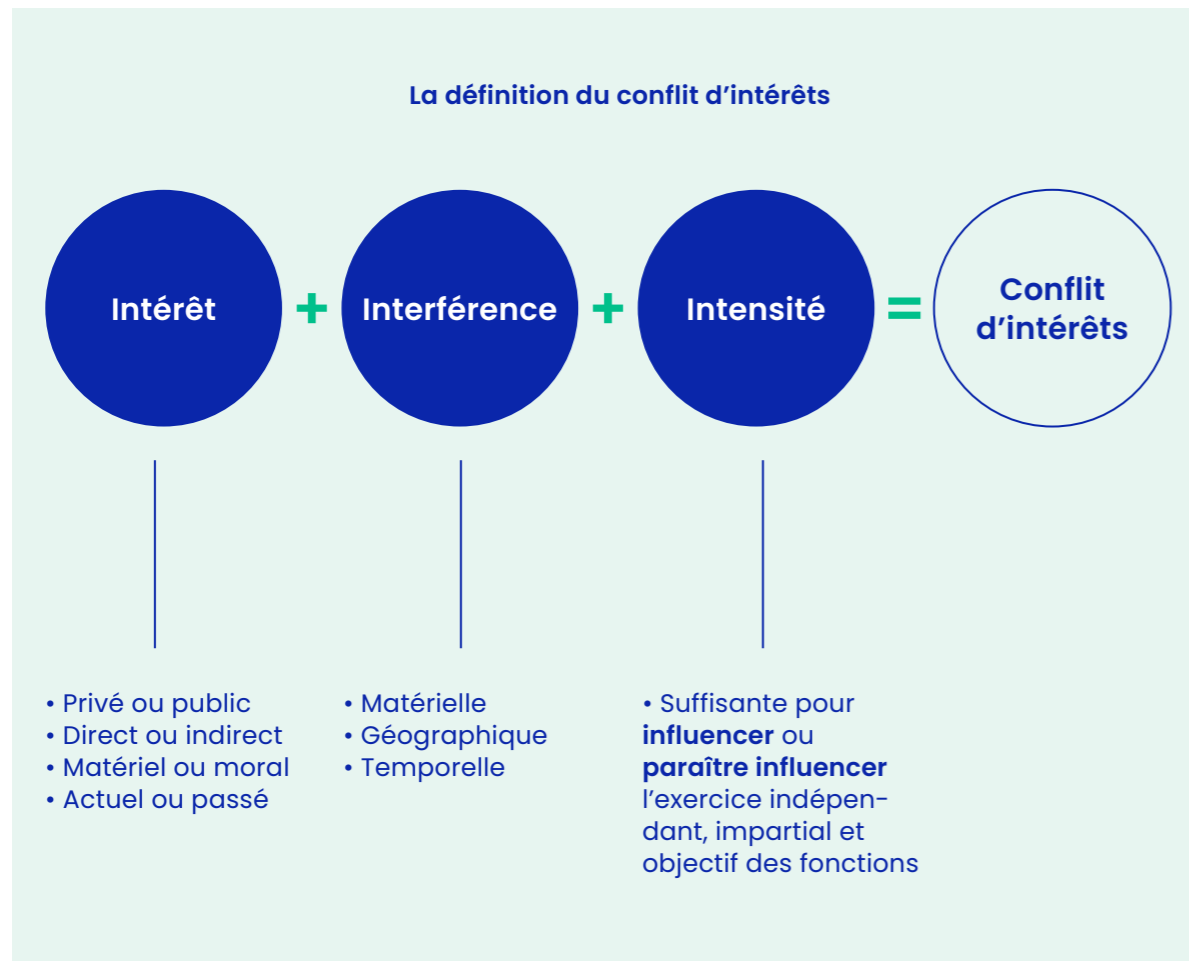
1.1.3 Précisions sur l'intensité de l'interférence

Dans sa définition du conflit d'intérêts, l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 précise que l'interférence doit être « *de nature à influencer, ou à paraître influencer, l'exercice indépendant, impartial et objectif* » de la fonction publique. Ainsi, le dispositif légal cherche à prévenir autant le conflit d'intérêts en lui-même que son apparence.

L'« apparence de conflit d'intérêts »

Il suffit que l'interférence puisse faire naître un doute raisonnable sur l'exercice indépendant, impartial et objectif de la fonction pour qu'un risque de conflit d'intérêts soit identifié par la Haute Autorité. Autrement dit, l'appréciation subjective que le responsable public porte sur ses intérêts et sur ses capacités à exercer sa fonction de manière adéquate ne rentre pas en ligne de compte pour écarter une situation de conflit d'intérêts.

Par exemple, le fait qu'une commune attribue un marché public à une entreprise par une délibération à laquelle prend part un conseiller municipal, lequel participe, dans le cadre de ses fonctions privées, aux organes dirigeants de cette entreprise, suffit à caractériser le conflit d'intérêts. Il est indifférent que ce conseiller n'ait pas, en l'espèce, cherché à favoriser l'entreprise dans laquelle il détient un intérêt.



1.2 Le risque de conflit entre intérêts publics

De prime abord, il est contre-intuitif de penser que l'intérêt général puisse se dédoubler en intérêts contradictoires. Toutefois, la définition française du conflit d'intérêts prévoit l'hypothèse d'une interférence entre deux intérêts publics.

Plusieurs difficultés sont soulevées par l'intégration dans la loi du conflit entre intérêts publics¹⁴, dès lors que la notion d'« intérêt public » reçoit des définitions plus ou moins larges. Le cumul d'activités et de mandats est une pratique courante, souvent même prévue par des textes. La question du conflit entre intérêts publics est donc d'autant plus sensible.

14. Dans le rapport d'activité 2017, la Haute Autorité a proposé de supprimer la possibilité de conflits d'intérêts entre deux intérêts publics dans la définition de la loi de 2013 (proposition n° 6, p. 148).

Le conflit entre intérêts publics, une spécificité française

Dans certains pays, la législation ne fournit aucune définition du conflit d'intérêts : c'est le cas de l'Allemagne, du Danemark ou de la Suède.

Dans d'autres pays, la législation fournit une définition du conflit d'intérêts, mais uniquement entre l'intérêt public et un ou plusieurs intérêts privés. Au Canada, la loi sur les conflits d'intérêts de 2006 dispose qu'un « titulaire de charge publique se trouve en situation de conflit d'intérêts lorsqu'il exerce un pouvoir officiel ou une fonction officielle qui lui fournit la possibilité de favoriser son intérêt personnel ou celui d'un parent ou d'un ami ou de favoriser de façon irrégulière celui de toute autre personne ».

L'intérêt public présente des dimensions différentes, comportant de nombreuses nuances, mais qui peuvent cependant être schématisées de la façon suivante :

- un premier ensemble est constitué par le secteur public *stricto sensu*, constitué des collectivités et administrations publiques, personnes morales de droit public qui prennent en charge des missions d'intérêt général prévues par les textes de niveau constitutionnel, législatif et réglementaire ;
- le secteur public élargi correspond à un second ensemble, lequel comprend les entreprises publiques (sociétés nationales, sociétés d'économie mixte, sociétés publiques locales, notamment) et, plus généralement, tous les organismes privés créés à l'initiative des personnes publiques ou à l'égard desquels elles détiennent un pouvoir de contrôle réel (certaines associations, en particulier).

Cette approche synthétique permet de distinguer, dans le cadre d'une analyse globale des conflits d'intérêts, deux grands niveaux de risques, évoqués ci-après.

L'hypothèse d'un conflit d'intérêts publics implique, par définition, que plusieurs fonctions distinctes soient en présence, telles que :

- des mandats électifs ;
- des fonctions dirigeantes au sein d'un organisme de droit public (président, directeur général, membre de conseil d'administration ou de conseil de surveillance) ;
- des fonctions dirigeantes au sein d'un organisme de droit privé du secteur public ;
- des fonctions administratives ou techniques (exercées par des fonctionnaires ou des agents contractuels).

Une dimension « personnelle » peut s'ajouter, dans chacune de ces situations, liée à la rémunération en découlant ou à la désignation dans ces fonctions. Cette dimension modifie l'appréciation de principe à porter sur les situations de « cumul d'intérêts publics ».

Cette analyse est surtout pertinente dans le cadre du contrôle des déclarations d'intérêts puisque l'intéressé peut déclarer plusieurs intérêts publics.

Elle est secondaire dans le cadre des contrôles préalables à la nomination, au cumul d'activités pour création ou reprise d'entreprise, ou à la reconversion professionnelle, puisque, dans ces trois hypothèses, il s'agit de détecter les conflits naissant de l'exercice d'activités privées lucratives¹⁵.

15. Voir la seconde partie présentant en détail ces contrôles.

1.2.1 Les cumuls de mandats électifs interdits par la loi

Certains cumuls de mandats sont expressément interdits par la loi parce que la défense conjointe des intérêts en présence est réputée impossible, en raison de l'importance des fonctions ou compte tenu des difficultés à concilier ces différents intérêts.

Par exemple, l'article L.O. 137 du code électoral interdit le cumul d'un mandat de député et de sénateur. L'article L.O. 137-11 du même code interdit le cumul d'un mandat de parlementaire national et de parlementaire européen.

Est également incompatible avec l'exercice d'un mandat parlementaire l'exercice de plus d'un des mandats énumérés ci-après : conseiller régional, conseiller à l'assemblée de Corse, conseiller départemental, conseiller de Paris, conseiller à l'assemblée de Guyane, conseiller à l'assemblée de Martinique, conseiller municipal d'une commune de 1000 habitants et plus, conseiller général (article L.O. 141 du code électoral), etc.

Si en dehors des cas interdits par la loi, le cumul reste possible, cela ne signifie pas qu'il ne puisse pas faire naître de conflit d'intérêts.

1.2.2 Méthodologie d'appréciation des autres situations de cumul de mandats ou de fonctions publiques

La Haute Autorité distingue principalement deux hypothèses, sous réserve de situations particulières justifiant certains aménagements :

- soit le cumul concerne **deux organismes de droit public**, qu'il s'agisse d'un cumul de mandats, ou lorsqu'un élu est également agent ou fonctionnaire au sein d'un organisme public ;
- soit le cumul concerne **un organisme de droit public et un organisme de droit privé du secteur public**.

Ce critère organique permet d'apprécier concrètement si les intérêts publics en présence sont essentiellement **convergents ou susceptibles d'entrer en conflit**.

1.2.2.1 Le cumul de mandats ou de fonctions au sein d'organismes de droit public

Cas particulier de l'intercommunalité : la convergence des intérêts

Par principe, l'élu d'une collectivité territoriale, qui est également conseiller communautaire au sein d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) dont sa collectivité territoriale est membre, n'est pas en situation de conflit d'intérêts s'il participe à une délibération de l'EPCI portant sur sa collectivité territoriale, étant donnée la mission de service public incombant à l'EPCI comme à la collectivité et leur qualité mutuelle de personnes morales de droit public¹⁶.

Il en va de même pour une délibération d'une collectivité locale portant sur un syndicat de valorisation des déchets, ou sur le service départemental d'incendie et de secours ou sur la régie des eaux à laquelle participerait un élu local étant par ailleurs président ou membre du conseil d'administration de ces organismes. **La convergence des intérêts publics en jeu neutralise le risque de conflit d'intérêts.**

La Haute Autorité considère que lorsque les intérêts publics sont détenus au sein d'organismes de droit public, le risque de conflit d'intérêts est susceptible d'être caractérisé principalement dans deux cas.

16. Délibération n° 2019-134 du 20 novembre 2019.

— **Si les intérêts publics en cause ne sont pas convergents :**

L'exercice de responsabilités publiques au niveau national par exemple, comme des fonctions gouvernementales, implique de représenter l'intérêt général national, qui pourrait entrer en conflit, sous certaines conditions, avec l'exercice de mandats électifs locaux, qui consistent en la représentation d'un intérêt public local.

Tel pourrait être le cas si, dans le cadre des fonctions gouvernementales, le responsable public avait des compétences particulières intéressant les collectivités territoriales, nécessitant qu'une attention particulière soit accordée au respect du principe d'égalité de traitement de tous les intérêts publics locaux.

Il pourrait en aller de même d'un élu d'une commune de montagne ou d'une commune littorale, lesquelles sont concernées par l'application de lois spécifiques en raison des enjeux particuliers de leurs territoires, qui deviendrait conseiller ministériel sur les questions intéressant l'environnement et l'urbanisme.

— **Si un intérêt personnel du responsable ou de l'agent public est en cause :**

Certaines décisions, relatives à un autre organisme public, peuvent révéler un **intérêt « personnel » du responsable ou de l'agent public concerné.**

- Un responsable public ne saurait ainsi participer au vote d'une délibération ayant notamment pour objet son élection ou sa désignation au sein d'un organisme de droit public, si cette délibération fixe également les conditions de sa rémunération.

L'interférence se déduit de ce qu'il ne s'agit plus d'une décision portant sur la collectivité ou l'intérêt public, mais bien sur un intérêt personnel du responsable public.

- Dans le même sens, il ne saurait participer à une décision relative à un organisme public **au sein duquel il est, par ailleurs, agent ou fonctionnaire.**

Le statut d'agent ou de fonctionnaire crée un lien matériel et direct avec la structure, qui caractérise une interférence avec la prise de décision indépendante, impartiale et objective.

Tel est le cas d'un agent de la régie des eaux d'une collectivité qui serait également conseiller communautaire d'un EPCI. Cet agent devrait s'abstenir de participer, en tant qu'élu communautaire, à toute décision relative à la régie des eaux où il travaille. Dans cette hypothèse, le conflit n'est pas entre deux intérêts publics, mais bien entre un intérêt public et un intérêt privé¹⁷.

17. Délibération n° 2019-134 du 20 novembre 2019.

1.2.2.2 Le cumul d'un mandat ou d'une fonction publique avec un mandat ou une fonction au sein d'un organisme de droit privé du secteur public

— **Les associations**

L'association étant une personne morale de droit privé, ses intérêts ne sauraient être perçus comme convergents avec des intérêts publics, même lorsque cette association est créée à l'initiative de la collectivité. Les associations peuvent notamment recevoir des subventions de la collectivité que l'élu représente.

Un responsable public qui prend une décision ou participe à un vote concernant une association dans laquelle il exerce des fonctions de président, de membre du conseil d'administration ou de tout autre organe, commet un délit de prise illégale d'intérêts qui l'expose à des risques déontologiques.

Dès lors, il incombe aux élus locaux de se déporter de toute décision relative aux associations où ils exercent des fonctions, même à titre bénévole, en tant que représentant de la collectivité, notamment les décisions leur octroyant des subventions et portant sur les contrats susceptibles d'être conclus avec elles.

Exemples :

- Un président de région qui siège au conseil d'administration de l'association de développement économique de la région, par la création d'entreprises innovantes, laquelle est principalement financée par la région.
- Une conseillère départementale qui exerce les fonctions de vice-présidente de l'agence culturelle de promotion de l'attractivité du territoire départemental, constituée sous la forme d'une association qui reçoit une subvention annuelle du conseil départemental.
- Un adjoint au maire qui exerce à titre bénévole les fonctions de président de l'association en charge de l'organisation d'un festival de films local.

— Les sociétés d'économie mixte

Le même raisonnement prévaut pour les **sociétés d'économie mixte**, créées à l'initiative de la collectivité afin de satisfaire des objectifs d'intérêt général et au sein desquelles siègent des élus de celle-ci. Un responsable public qui prend une décision ou participe à un vote concernant une société d'économie mixte dans laquelle il exerce des fonctions de président ou de membre du conseil d'administration commet un délit de prise illégale d'intérêts¹⁸. La société d'économie mixte étant une personne morale de droit privé, ses intérêts ne sauraient être perçus comme convergents avec des intérêts publics. Pour le juge pénal, l'infraction est constituée indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction n'en tire aucun profit personnel ou qu'aucun préjudice n'en résulte pour la collectivité¹⁹.

18. Voir, pour la délibération décidant de l'octroi du montant annuel d'une rémunération : Cass. crim. 8 juin 1999, n° 98-82608

19. Crim., 22 octobre 2008, n° 08-82068. Voir, pour des explications détaillées de la jurisprudence de la cour de cassation, la fiche 9 « Les juges et le conflit d'intérêts ».

Les élus locaux et l'administration des sociétés d'économie mixte

L'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit que, dans les sociétés d'économie mixte locales où sont actionnaires des collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales, lesdites collectivités ont droit « au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance ». Ces représentants sont généralement des élus de la collectivité.

« 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, [ils] 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 ».

Cette disposition n'a pas pour effet de soustraire ces élus à leur responsabilité pénale : si la délibération n'est pas entachée d'illégalité, le risque pénal subsiste. L'article 432-12 du code pénal définit en effet la prise illégale d'intérêts comme étant « 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 ».

Pour prévenir ce risque, la Haute Autorité préconise que les élus locaux se déportent de toute décision relative aux sociétés d'économie mixte où ils sont administrateurs en tant que représentants de la collectivité actionnaire, spécialement celles qui concernent l'éventuelle rémunération liée à leur désignation, l'octroi de subventions ou les contrats susceptibles d'être conclus avec elles.

En revanche, l'élu intéressé peut 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. Il est en effet normal qu'un membre du conseil d'administration de la SEM, désigné par sa collectivité d'origine, puisse rendre compte des activités de cette société auprès des autres membres de l'assemblée délibérante de la collectivité. Un temps d'échange en présence de l'élu représentant la collectivité au sein de la SEM peut ainsi précéder le débat et le vote proprement dit sur la délibération relative à cette SEM.

— Les sociétés publiques locales

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, aux termes de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, « des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital ».

Malgré la détention exclusive du capital par des personnes de droit public, ces sociétés restent des sociétés anonymes régies par le code de commerce. Bien que la loi ne leur permette d'exercer leurs activités que pour le compte de leurs actionnaires et sur leur territoire, leurs intérêts ne concordent pas nécessairement avec ceux de chacune des personnes publiques en cause. Ainsi, un conflit d'intérêts peut naître entre les fonctions de l'élu local et sa participation aux instances dirigeantes d'une société publique locale (SPL), quand bien même cette participation résulterait de la représentation des intérêts de la collectivité.

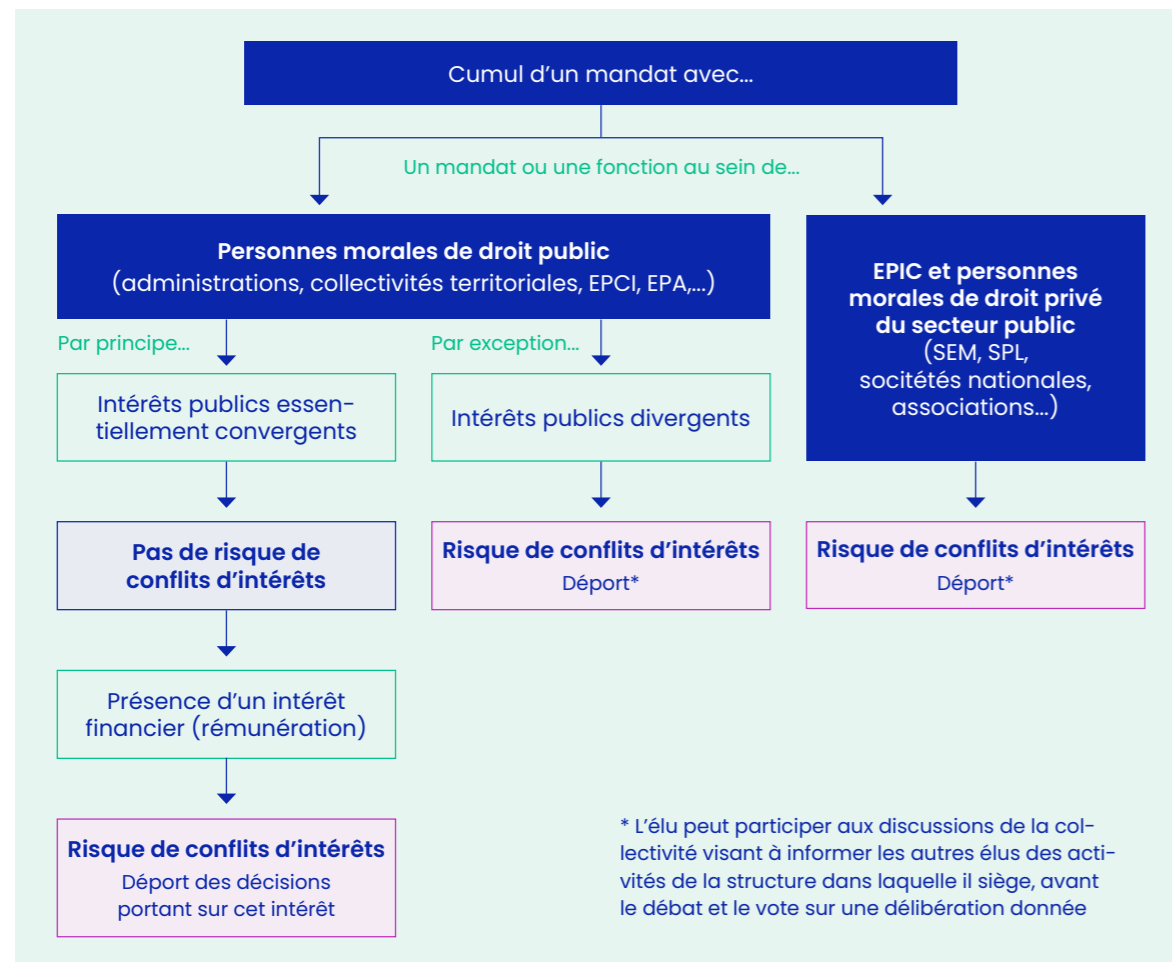
Des mesures de précaution sont d'autant plus nécessaires que les SPL peuvent désormais agir dans des domaines qui ne relèvent pas des compétences de l'ensemble des collectivités membres (il suffit que les collectivités possèdent au moins l'une des compétences entrant dans l'objet de la SPL)²⁰.

Un déport des décisions prises concernant la société publique locale par tout responsable public également président ou membre du conseil d'administration de cette société publique est dès lors nécessaire pour se prémunir des risques déontologiques et pénaux²¹.

20. Modification de l'article L. 1531-1 par la loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales.

21. Au plan pénal, une réponse ministérielle du 19 juin 2014 (question n° 09176, JO Sénat 19 juin 2014 p. 1471) assimile SPL et SEM.

Le schéma suivant récapitule les principaux risques de conflits d'intérêts publics pour les élus locaux :



1.3 Le risque de prise illégale d'intérêts

Pour apprécier ce risque, la Haute Autorité s'attache à maintenir un équilibre entre le respect de la séparation des pouvoirs, notamment des compétences du juge pénal, et son devoir de vigilance par rapport aux potentielles infractions à la probité commises par les responsables publics soumis à son contrôle.

La conformité de cette approche à la mission impartie par la loi à la Haute Autorité a été confirmée par le Conseil d'État dans sa décision du 4 novembre 2020, selon laquelle « la loi n'appelle pas la Haute Autorité à statuer sur le point de savoir si les éléments constitutifs des infractions réprimées par ces

dispositions pénales seraient effectivement réunis, mais à apprécier le risque qu'ils puissent l'être et à se prononcer de telle sorte qu'il soit évité à l'intéressé comme à l'administration d'être mis en cause »²².

Le risque pénal à détecter, au regard de la prise illégale d'intérêts, dépend donc du contrôle qu'il revient à la Haute Autorité d'effectuer.

CONTRÔLES DÉONTOLOGIQUES	DISPOSITION DU CODE PÉNAL PERTINENTE
Contrôle préalable à la nomination	Article 432-12²³ Il s'agit d'anticiper sur l'exercice potentiel de fonctions publiques, au regard d'intérêts passés et futurs. C'est donc le risque que soit commis un délit de prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions qu'il convient de prévenir.
Contrôle de la déclaration d'intérêts	Article 432-12 L'appréciation de la déclaration d'intérêts permet de détecter, avant qu'elles ne se produisent, des prises illégales d'intérêts dans l'exercice des fonctions publiques.
Contrôle du cumul d'activités	Article 432-12 L'exercice d'une activité privée lucrative dans le cadre de la création d'une entreprise concomitante à l'exercice des fonctions publiques. Elle peut donc générer une situation constitutive d'une prise illégale d'intérêts dans le cadre de ces fonctions publiques.
Contrôle de la reconversion professionnelle	Article 432-13²⁴ L'appréciation porte sur des fonctions publiques qui vont être quittées ou qui viennent de l'être. Il s'agit donc de détecter un risque de prise illégale d'intérêts après l'exercice de fonctions publiques.

22. CE, 4 novembre 2020, n° 440963, A.

23. « 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 ».

24. « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions. »

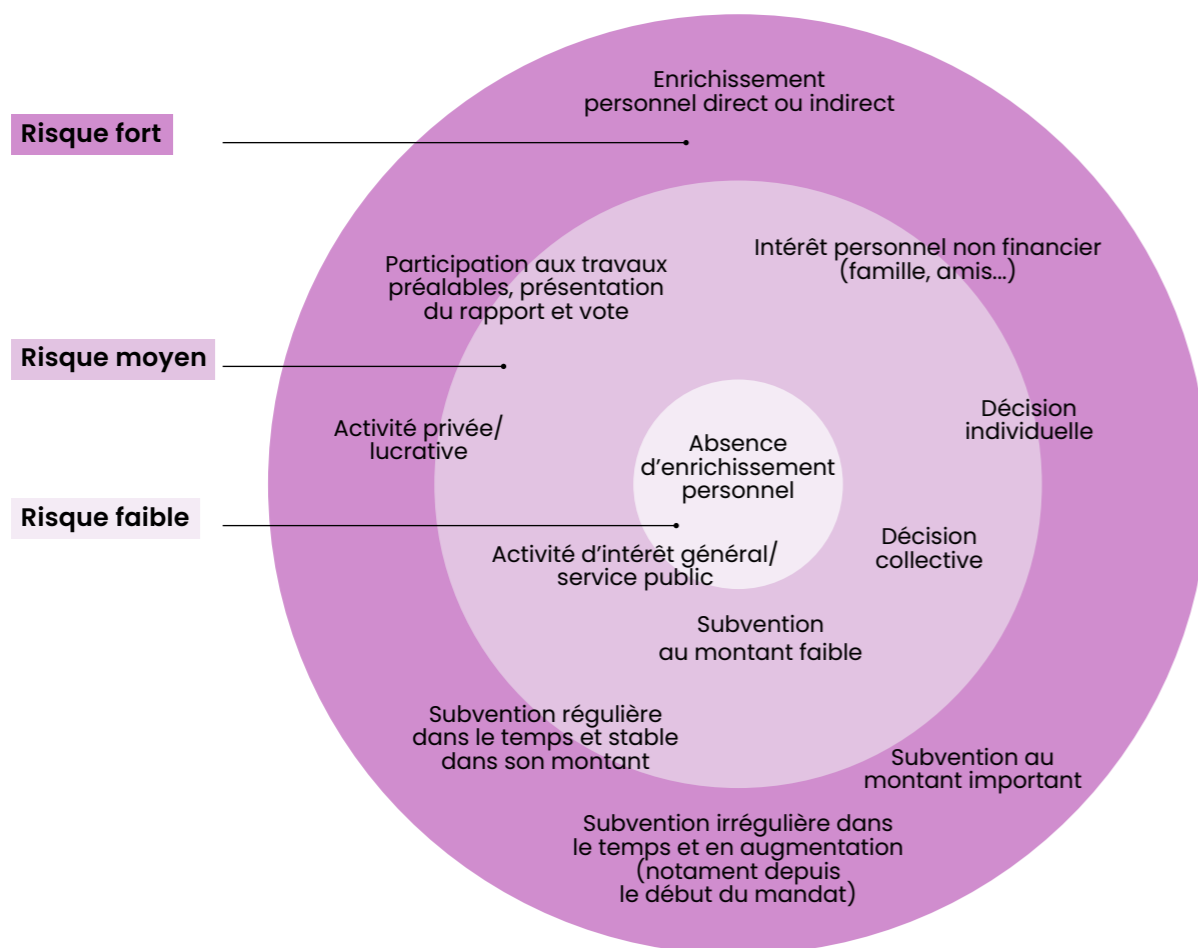
Sur le fond de l'analyse du risque pénal, la Haute Autorité s'en remet aux appréciations du juge pénal²⁵ : son rôle se limite à rechercher l'existence du risque que surviennent de telles infractions et à en prévenir l'intéressé afin qu'il s'en prémunisse.

25. Voir la fiche 9 « les juges et le conflit d'intérêts ».

2. Prévenir le conflit d'intérêts

La prévention des conflits d'intérêts comporte deux dimensions : la prévention du risque pénal et la prévention du risque déontologique. Les avis d'incompatibilité, ou les réserves pouvant accompagner les avis de compatibilité, ont vocation à prévenir ces risques.

Éléments d'appréciation des risques retenus par la Haute Autorité



2.1 Prévenir le risque pénal

L'émission de réserves peut viser à prévenir le risque pénal lorsqu'il est caractérisé, au regard des éléments constitutifs du délit de prise illégale d'intérêts prévu aux articles 432-12 et 432-13 du code pénal.

Le risque pénal est difficile à surmonter si l'évaluation du risque porte à conclure qu'il pourrait advenir dans ses principaux éléments constitutifs. Dans un tel cas, la Haute Autorité conclut généralement à une incompatibilité de la nomination, du cumul d'activités ou de la reconversion professionnelle afin de protéger le responsable ou l'agent public du risque de poursuites pénales.

Par exemple, un directeur général adjoint des services d'une collectivité territoriale en charge du développement économique ne pourra pas rejoindre une société de gestion avec laquelle la collectivité a conclu plusieurs contrats en vue de confier à cette société la gestion de fonds d'investissement de la collectivité, dans la mesure où l'exécution de ces contrats relève des services placés sous son autorité et où il a validé des actes en rapport avec ceux-ci²⁶.

Une directrice chargée du développement, des territoires et du tourisme dans sa collectivité territoriale ne pourra pas rejoindre l'agence de développement touristique de sa collectivité, constituée sous forme d'association ayant des activités commerciales de vente de produits touristiques, dans la mesure où elle a assuré le suivi et le contrôle administratif de cette association²⁷.

En revanche, une conseillère en charge du transport et des mobilités dans le cabinet d'un ministre pourra rejoindre une entreprise du secteur des mobilités ayant reçu des subventions du ministère de rattachement s'il est démontré qu'elle n'a pris part à aucune décision ou discussion relative à l'octroi de ces subventions²⁸.

La jurisprudence de la Cour de cassation sur l'interprétation qu'il convient de donner du délit puni par l'article 432-13 reste rare. C'est pourquoi, dans le cadre de ses contrôles de reconversion professionnelle, la Haute Autorité privilégie une approche concrète du risque pénal.

26. Délibérations n° 2020-125 du 21 juillet 2020 et n° 2020-169 du 8 septembre 2020.

27. Délibération n° 2020-69 du 28 avril 2020.

28. Délibération n° 2020-109 du 7 juillet 2020 qui ajoute, au titre des réserves déontologiques, que l'intéressée devra s'abstenir de toute relation professionnelle avec le ministère qu'elle quitte dans le cadre de sa nouvelle activité.

Le délai de « trois ans suivant la cessation des fonctions » que mentionne cette disposition pourrait laisser penser qu'il convient de prononcer une incompatibilité pour les trois années suivant la cessation des fonctions dès lors qu'un des actes énumérés a été identifié. Une telle analyse omettrait cependant un élément essentiel de la disposition. En effet, l'article 432-13 dans sa rédaction, issue de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, précise que l'appréciation du juge pénal doit se fonder sur les « fonctions [...] effectivement exercées » par l'ancien responsable public.

Le délai de trois ans doit donc être décompté non pas à partir de la cessation des fonctions mais à partir du dernier acte de surveillance ou de contrôle, de la date de conclusion du dernier contrat, de la dernière décision adoptée ou, encore, du dernier avis formulé, chacun de ces actes correspondant à l'exercice effectif des fonctions.

De surcroît, une telle approche paraît conforme avec la volonté du législateur qui entendait déjà, par l'adoption d'un délai raccourci de 3 ans²⁹, inciter à un contrôle concret et réaliste des risques.

29. Jusqu'à la réécriture de l'article 432-13 du code pénal opérée par la loi de 2007, et depuis la création de ce délit en 1919, la durée de l'interdiction était de 5 ans.

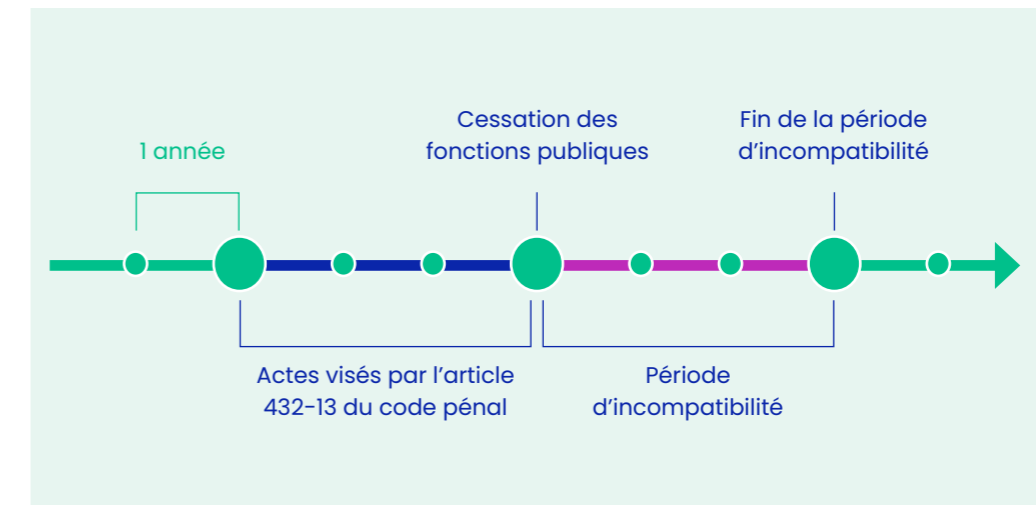
Un président de métropole signe un contrat, engageant la métropole, avec une société privée « A », en janvier 2016. Ce contrat entraîne différents actes d'exécution, dont le dernier date de janvier 2017.

En décembre 2019, le président de la métropole quitte ses fonctions exécutives locales et souhaite se reconvertir dans le secteur privé. La société « A » lui propose un poste. Afin de déterminer le délai d'incompatibilité, découlant du risque de prise illégale d'intérêts, il convient de prendre en considération la date du dernier acte d'exécution.

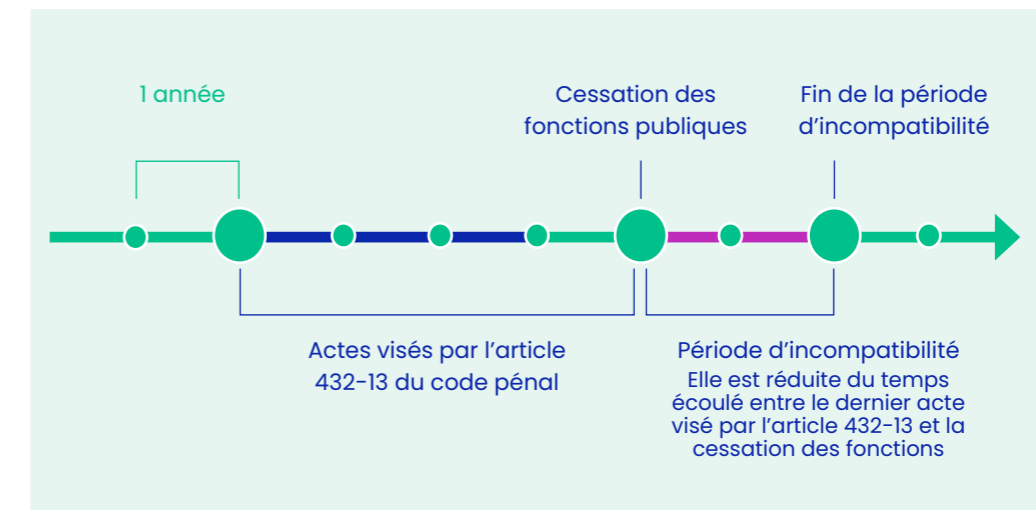
En conséquence, et sous réserve qu'aucun autre acte ne soit identifié entre janvier 2017 et décembre 2019, le président de la métropole pourra accepter de prendre un poste au sein de la société « A » en janvier 2020, soit trois ans après le dernier acte d'exécution découlant du contrat.

L'analyse du risque pénal peut être explicitée par les schémas suivants, illustrant les différents cas qui peuvent se présenter à l'examen de la Haute Autorité.

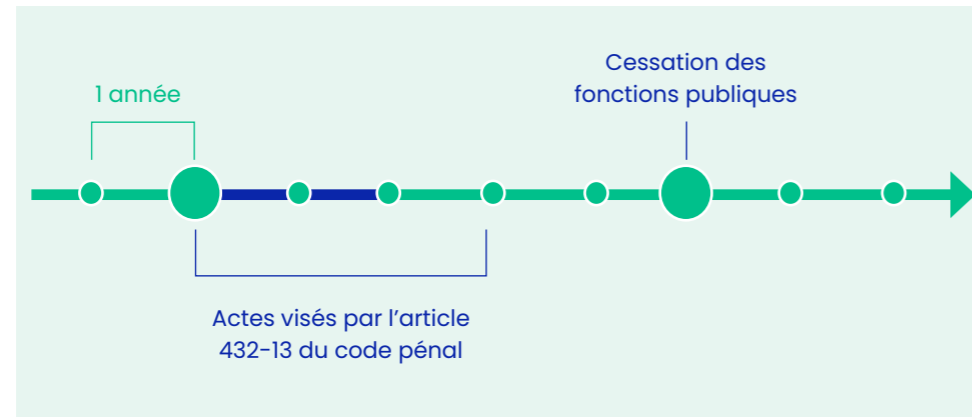
Cas n°1 : les actes visés par l'article 432-13 cessent en même temps que la cessation des fonctions publiques; le délai de 3 ans court à compter de cette date



Cas n°2 : les actes visés par l'article 432-13 ont cessé dès avant la cessation des fonctions publiques; la durée de l'incompatibilité est réduite d'autant



Cas n°3 : les actes ont cessé plus de trois ans avant la cessation des fonctions publiques : pas d'incompatibilité



Lorsque le risque pénal existe mais qu'il n'est pas de nature à rendre l'activité envisagée impossible, la Haute Autorité indique au responsable ou à l'agent public les mesures de précaution qui lui semblent nécessaires.

Sur ce point, la Haute Autorité alerte sur les cas où elle est saisie alors que la personne intéressée a déjà commencé ses activités : le risque pénal devient encore plus probable et il rend difficile l'adoption de mesures de prévention efficaces.

2.2 Prévenir les risques de conflit d'intérêts

Dans le cadre de la reconversion professionnelle et du cumul d'activités, l'examen des risques déontologiques est l'occasion de détecter deux situations de conflit d'intérêts potentielles, susceptibles de porter atteinte aux obligations déontologiques de l'agent public et de ses anciens services :

- le départ vers le secteur privé ou le projet de cumul d'activités peut permettre de révéler des **liens noués pendant l'exercice des fonctions publiques** ; ce type de situation constitue un cas classique de conflit d'intérêts pour la personne concernée, mais est également susceptible de remettre en cause le **fonctionnement normal et l'indépendance de l'administration** ;
- la nouvelle activité privée entreprise, par les **relations qu'elle implique avec les anciens services de l'agent**, peut engendrer des interférences, pouvant caractériser un conflit d'intérêts **à l'avenir**. Une telle situation constitue également un risque d'atteinte à l'obligation **d'impartialité** de l'administration.

Dans le cadre du contrôle préalable à la nomination, les risques de conflit d'intérêts sont ceux auxquels la personne aurait à faire face si elle était nommée, compte tenu des intérêts privés qu'elle détient ou détenait.

2.2.1 La mise en évidence d'un conflit d'intérêts résultant du départ dans le secteur privé ou du cumul d'activités

L'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983 dispose que les différents contrôles déontologiques consistent à examiner si « l'activité qu'exerce le fonctionnaire risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître tout principe déontologique », à savoir la dignité, l'impartialité, l'intégrité, la probité et la neutralité. L'impartialité et la neutralité renvoient à l'hypothèse du conflit d'intérêts, lequel est par ailleurs expressément visé par l'article 25 *bis* de la même loi³⁰.

La Haute Autorité recherche dès lors si l'activité envisagée ne conduit pas la personne concernée à avoir méconnu l'exigence de prévention des conflits d'intérêts qui s'imposait à elle lors de ses anciennes fonctions publiques. Si l'interférence entre les anciennes fonctions publiques et l'activité nouvelle envisagée est trop forte, un doute raisonnable sur l'impartialité avec laquelle la personne a exercé sa fonction publique peut naître. Le doute peut venir du fait que la personne concernée semble avoir utilisé ses fonctions publiques ou son mandat pour préparer sa reconversion professionnelle vers le secteur privé. Un tel comportement peut également se rapprocher d'un manquement au devoir de probité qui s'impose à tous les fonctionnaires et agents publics.

Par exemple, un agent d'une autorité de régulation qui créerait une société de conseil à l'issue de ses fonctions, et prendrait pour cliente une entreprise du secteur régulé, pourrait faire naître un doute sur son impartialité à l'égard de cette entreprise lorsqu'il était en fonctions, nonobstant l'absence de prise illégale d'intérêts.

Lorsqu'un tel conflit d'intérêts est révélé par le projet professionnel de l'agent ou du responsable public, la seule prévention efficace peut consister dans le fait de ne pas autoriser l'agent ou le responsable public à mettre en œuvre son projet, et donc, à prononcer un avis d'incompatibilité.

30. La probité fait quant à elle référence aux infractions à la probité, prévues aux articles 432-10 à 432-16 du code pénal.

2.2.2 La prévention des conflits d'intérêts à l'avenir

Enfin, la Haute Autorité s'assure que l'activité envisagée n'est pas susceptible de remettre en cause le fonctionnement indépendant, impartial et objectif de l'administration où le fonctionnaire a exercé ses fonctions, c'est-à-dire qu'elle ne risque pas de placer les agents de cette administration eux-mêmes en situation de conflit d'intérêts à l'avenir.

31. Voir la délibération n° 2019-87 du 10 septembre 2019.

32. Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal. Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent.

Selon les risques identifiés, la Haute Autorité peut déclarer l'activité incompatible ou formuler les réserves qui s'imposent. Dans le cadre du contrôle de la reconversion professionnelle, la Haute Autorité adopte les mesures adaptées à chaque cas.

Certaines mesures, prononcées presque systématiquement dans le cadre de l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013, sont dites d'usage. Elles consistent en l'interdiction pour la personne concernée de toute démarche auprès de l'ancienne administration, de conduire des actions de représentation d'intérêts auprès d'elle, ou d'utiliser son ancien titre. La Haute Autorité rappelle également qu'il ne doit pas être fait usage de documents ou d'informations confidentiels dont le responsable public aurait eu connaissance du fait de ses anciennes fonctions³¹. Pour les agents publics, cette obligation est rappelée par l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983³².

EXEMPLES DE MESURES DE PRÉCAUTION ³³	
TYPE DE CONTRÔLE	EXEMPLES
Contrôle préalable à la nomination	<ul style="list-style-type: none"> — s'abstenir d'intervenir, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, dans toute décision relative à une mission ou une prestation au profit de l'État / de la collectivité / du service pour laquelle la société / le cabinet / l'association de l'intéressé serait candidat — se déporter des rendez-vous et échanges organisés avec la société / le cabinet / l'association / l'établissement de l'intéressé — se faire accompagner lors de rencontres auxquelles participerait, entre autres l'ancienne société / cabinet / association / établissement de l'intéressé — dans certains cas, se déporter de toute décision ou discussion portant sur un secteur particulier
Contrôle du cumul d'activités	<ul style="list-style-type: none"> — se déporter de toute décision ou discussion portant sur l'entreprise créée ou reprise — déléguer ses compétences à une tierce personne et ne formuler aucune instruction au délégataire — se déporter de toute décision ou discussion sur un secteur particulier — ne pas se prévaloir de son titre / de sa qualité d'agent public — s'abstenir d'utiliser les moyens mis à sa disposition par la personne publique, qu'il s'agisse des locaux, des personnels ou des véhicules, pour l'exercice de son activité privée — ne pas se servir de ses fonctions publiques pour favoriser ou assurer la promotion de ses activités privées — ne pas faire usage de documents ou d'informations non publics dont l'intéressé a connaissance du fait de ses fonctions
Contrôle de la reconversion professionnelle	<ul style="list-style-type: none"> — s'abstenir de réaliser des prestations, de quelque nature que ce soit, pour ses anciens services ou tout autre organisme sur lequel l'intéressé avait autorité — ne pas intervenir auprès de ses anciens services pour le compte de sa société ou de ses clients, par exemple en appui à une demande de subvention / d'agrément / d'autorisation — ne pas réaliser d'action de représentation d'intérêts, au sens de l'article 18-2 de la loi du 11 octobre 2013, auprès de responsables publics avec lesquels l'intéressé était en contact régulier dans le cadre de ses fonctions publiques — ne pas faire usage de documents ou d'informations non publics dont l'intéressé aurait eu connaissance du fait de ses anciennes fonctions — ne pas se prévaloir de son ancien titre / de son ancienne qualité d'agent public dans le cadre de sa nouvelle activité privée — s'abstenir de toute démarche auprès de certaines personnes déterminées ou de l'administration

33. Ces exemples ne sont pas cumulatifs ni exhaustifs : ils dépendent du cas soumis à l'appréciation.

Partie 2

Les fiches pratiques

Fiche 1 La répartition des compétences en matière déontologique

Fiche 2 Le contrôle préalable à la nomination des agents publics

Fiche 3 Le contrôle des déclarations d'intérêts

Fiche 4 Le contrôle de la gestion sans droit de regard des instruments financiers

Fiche 5 Le contrôle du cumul d'activités

Fiche 6 Le contrôle de la reconversion professionnelle dans le secteur privé

Fiche 7 Les suites des contrôles

Fiche 8 Le conseil déontologique

Fiche 9 Les juges et le conflit d'intérêts

Fiche 1

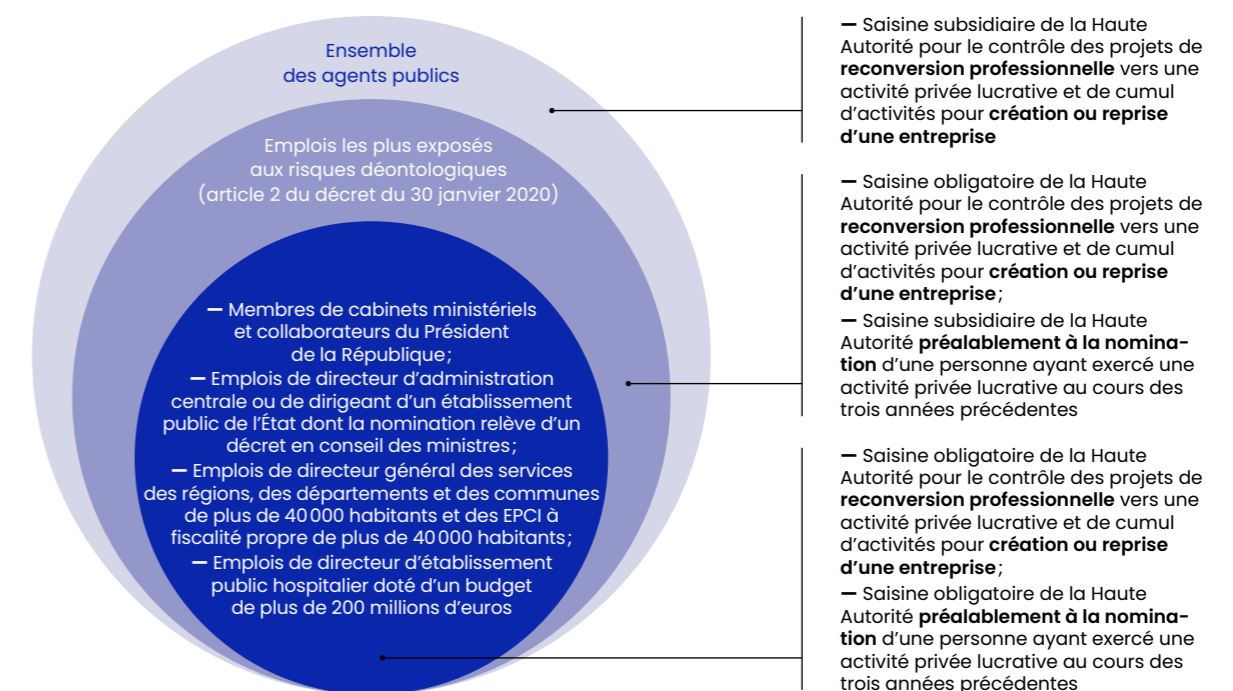
La répartition des compétences en matière déontologique

Antérieurement à la loi du 6 août 2019, la commission de déontologie de la fonction publique assurait le respect des règles déontologiques par les agents publics, fonctionnaires ou contractuels, des trois fonctions publiques : d'État, territoriale et hospitalière. Ces trois fonctions publiques comprennent environ 5,5 millions de personnes, dont 3,8 millions de fonctionnaires, 300 000 militaires et plus d'un million d'agents contractuels.

La loi du 6 août 2019 prévoit que les autorités hiérarchiques de la grande majorité des agents publics doivent opérer, au sein de chaque administration, les contrôles permettant d'assurer que les règles déontologiques sont respectées. Elle transfère donc la décision afin qu'elle soit prise au niveau même de l'administration, en principe mieux placée pour évaluer les risques encourus par ses agents au regard des missions exercées.

La Haute Autorité reste toutefois compétente pour les fonctions considérées comme particulièrement sensibles, en raison de leur niveau hiérarchique ou de leur nature, de certains responsables publics et, exceptionnellement, pour donner son avis à l'autorité hiérarchique sur les emplois publics impliquant un certain niveau hiérarchique ou des fonctions particulières³⁴.

34. Définis par l'article 2 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.



La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique marque un nouveau temps fort pour la déontologie des responsables et agents publics, notamment en internalisant l'essentiel des missions de contrôle et de conseil déontologiques au sein des administrations publiques elles-mêmes. Il convient donc, dans un premier temps, de présenter cette nouvelle articulation des compétences entre la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique et les autorités hiérarchiques (fiche 1).

Les six fiches suivantes se concentrent sur les contrôles menés par la Haute Autorité et leurs suites.

— Avant même d'entrer dans la vie publique, les personnes dont la nomination à certains emplois implique des responsabilités importantes, et qui ont auparavant exercé des activités dans le secteur privé, peuvent faire l'objet d'un contrôle préalable à leur nomination (fiche 2).

— Afin de faciliter l'identification des risques déontologiques et de trouver la solution adéquate pour les prévenir, ces responsables et agents publics font également l'objet d'une attention particulière au moment de leur prise de fonctions, à travers le contrôle des déclarations d'intérêts (fiche 3).

— En outre, certains responsables et agents publics sont concernés par une obligation supplémentaire, celle de gérer leur portefeuille d'instruments financiers selon des modalités excluant tout droit de regard (fiche 4).

— Le cumul des fonctions publiques avec certaines activités privées est encadré par une demande d'autorisation préalable (fiche 5).

— Enfin, un dernier contrôle s'opère à la fin de la carrière, ou au moment d'une interruption prolongée, lorsque les responsables et agents publics envisagent une reconversion professionnelle vers le secteur privé (fiche 6).

— Les suites de ces contrôles sont essentiellement communes, même si les dispositifs de sanction prévus par le législateur en cas de manquement présentent certaines particularités (fiche 7).

Quoiqu'il en soit, tous les responsables et agents publics ont la possibilité de poser des questions et de se faire assister, à n'importe quel moment de leur carrière et suivant leur situation, par un référent déontologue ou par la Haute Autorité (fiche 8).

Pour remplir sa mission, la Haute Autorité s'est inspirée du traitement des conflits d'intérêts réalisé par les juges administratif et pénal (fiche 9).

1. L'autorité hiérarchique, une compétence de principe pour les fonctionnaires et les agents publics

La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, telle que modifiée par la loi du 6 août 2019, pose un principe : l'autorité hiérarchique de l'agent public est compétente pour apprécier, tout au long de sa carrière, les éventuels risques de nature déontologique ou pénale.

Le principe est posé par les articles 25 *septies* et *octies* de la loi du 13 juillet 1983, qu'il s'agisse de la nomination sur un emploi particulier d'une personne ayant exercé des activités dans le secteur privé, du cumul d'activités d'un agent public ou de la reconversion professionnelle de ce dernier :

- (i) l'autorité hiérarchique envisage de nommer un agent ayant travaillé dans le secteur privé / l'agent ou le fonctionnaire saisit son autorité hiérarchique ;
- (ii) l'autorité hiérarchique apprécie la nomination ou le projet de l'agent ou du fonctionnaire, selon les principes déontologiques qui s'imposent à la fonction publique ;
- (iii) si l'autorité hiérarchique a un doute sérieux sur le projet de l'agent ou sa nomination, elle saisit pour avis, préalablement à sa décision, le référent déontologue.

Lorsque l'avis du référent déontologue ne permet pas de lever le doute sérieux, l'autorité hiérarchique peut saisir, pour avis, la Haute Autorité.

Il en découle que l'autorité hiérarchique joue un rôle clé dans la mise en œuvre du respect des obligations déontologiques dans la fonction publique, assistée, en cas de besoin, par le référent déontologue.

Il en résulte également que la saisine de la Haute Autorité est subordonnée à deux conditions de recevabilité :

- la démonstration d'un doute sérieux sur la compatibilité de la nomination ou du projet de l'intéressé ;

À cet égard, si 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.

La saisine de la Haute Autorité ne faisant pas état d'un doute sérieux emporte l'irrecevabilité de la demande (délibération n° 2020-173 du 22 septembre 2020).

- la saisine préalable du référent déontologue pour avis, lequel n'a pas permis de lever le doute sérieux.

La désignation d'un référent déontologue est obligatoire depuis la loi du 20 avril 2016, qui a créé un article 28 *bis* au sein de la loi du 13 juillet 1983. Le décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique précise les conditions de sa désignation. Les fiches 7 à 9 du premier [guide déontologique](#) de la Haute Autorité lui sont consacrées.

Dans la mesure où un référent déontologue est censé avoir été désigné au sein de chaque administration depuis plus de trois ans, la Haute Autorité considère toute saisine de l'institution comme irrecevable en l'absence de cet avis, sauf à faire état de circonstances particulières justifiant l'impossibilité de saisir le référent déontologue.

Exemple : délibération n° 2020-138 du 28 juillet 2020 :

En raison du départ à la retraite du référent déontologue de la ville le 30 juin 2020, cette fonction est actuellement vacante. Dans ces conditions, le maire de la ville, qui fait état, dans sa saisine, d'un doute sérieux quant à la compatibilité entre le projet de l'agent et les fonctions publiques qu'il a précédemment exercées, a directement saisi la Haute Autorité. Compte tenu du caractère très récent de la vacance des fonctions de référent déontologue, il y a lieu de considérer que le maire de la commune n'était pas en mesure de recueillir l'avis du référent déontologue. Dès lors, le doute de l'autorité hiérarchique n'ayant pu être levé, la saisine de la Haute Autorité est, dans les circonstances particulières de l'espèce, recevable.

Si l'autorité hiérarchique est, en principe, chargée de contrôler les risques déontologiques des agents publics, la loi du 13 juillet 1983 prévoit, pour les titulaires de certaines fonctions, la saisine obligatoire et préalable de la Haute Autorité par l'autorité hiérarchique.

2. La Haute Autorité, une compétence d'exception pour les fonctions les plus sensibles

Les articles 4 et 11 de la loi du 11 octobre 2013 dressent la liste des responsables publics qui doivent déposer « une déclaration exhaustive, exacte et sincère de [leur] situation patrimoniale concernant la totalité de [leurs] biens propres ainsi que, le cas échéant, ceux de la communauté ou les biens indivis », ainsi qu'une « déclaration faisant apparaître les intérêts détenus à la date de sa nomination et dans les cinq années précédant cette date ».

La Haute Autorité est compétente à l'égard de ces personnes pour se prononcer sur les situations pouvant constituer un conflit d'intérêts et, le cas échéant, leur enjoindre d'y mettre fin.

Elle est également compétente pour répondre aux demandes d'avis de ces personnes sur les questions d'ordre déontologique qu'elles rencontrent dans l'exercice de leur mandat ou de leurs fonctions et se prononce, pour certaines d'entre elles seulement, lorsqu'elles envisagent de quitter leurs fonctions publiques afin d'exercer des activités privées.

La réforme du 6 août 2019 a entendu opérer une distinction, au sein de la fonction publique, entre :

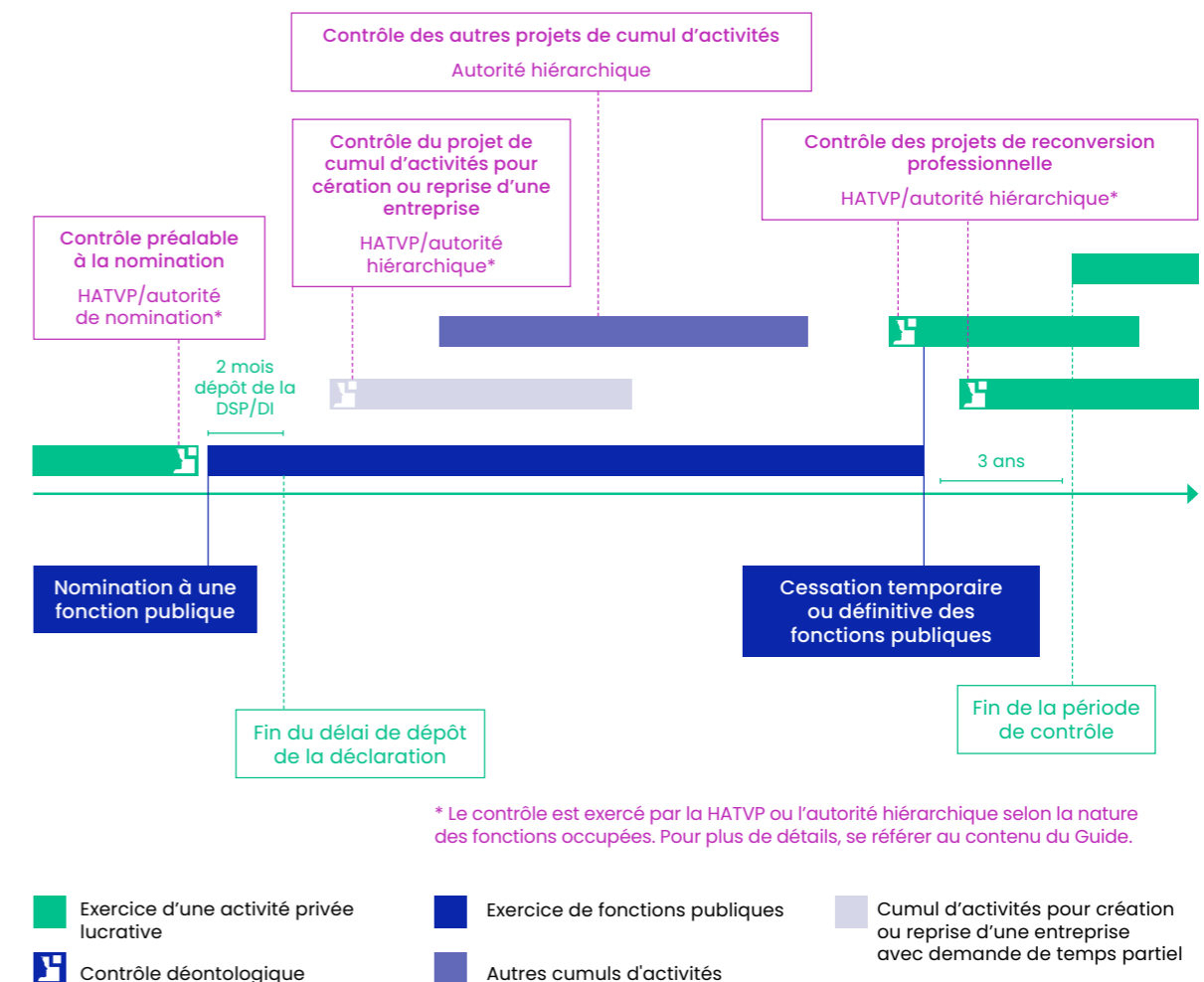
- les fonctionnaires et agents publics les plus nombreux qui relèvent de l'appréciation de leur autorité hiérarchique;
- les fonctionnaires et agents publics occupant un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions justifie qu'ils relèvent de l'appréciation de la Haute Autorité.

La liste des fonctionnaires et agents publics relevant de cette dernière catégorie est fixée par l'article 2 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 :

- les emplois soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts, énumérés par le décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts prévue à l'article 25 *ter* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et les emplois soumis à l'obligation de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale en application de l'article 25 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983, énumérés par le décret n° 2016-1968 du 28 décembre 2016;
- les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République;
- les directeurs généraux et secrétaires généraux et leurs adjoints des autorités mentionnées au 6° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 susvisée;
- toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres;
- les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des autorités territoriales mentionnées au 2° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013;
- les membres, le vice-président, les présidents de section et le secrétaire général du Conseil d'État (mentionnés à l'article L. 131-7 du code de justice administrative);
- les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (mentionnés à l'article L. 231-4-1 du code de justice administrative);

- les membres et les personnels de la Cour des comptes, son premier président et son procureur général (mentionnés à l'article L. 120-10 du code des juridictions financières);
- les magistrats du siège des chambres régionales des comptes et les rapporteurs (mentionnés à l'article L. 220-8 du code des juridictions financières).

Pour ces emplois, en cas de cumul d'activités ou de reconversion professionnelle, la procédure se déroule de la manière suivante : (i) l'agent ou le fonctionnaire saisit son autorité hiérarchique; (ii) l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité en lui communiquant toutes les informations nécessaires sur le projet de l'agent; (iii) la Haute Autorité rend son avis, dans un délai de deux mois, sur le projet au regard des principes déontologiques qui s'imposent à la fonction publique; (iv) au regard de cet avis, l'autorité hiérarchique rend sa décision sur le projet de l'agent (elle est liée par l'avis d'incompatibilité ou par les réserves émises par la Haute Autorité).



— Comment saisir la Haute Autorité si je suis l'autorité de nomination / l'autorité hiérarchique d'un agent public ?

Toutes les demandes sont adressées à la Haute Autorité via le formulaire dédié en ligne, à l'adresse <https://declarations.hatvp.fr/#/saisir>

	CONTRÔLE PRÉALABLE À LA NOMINATION	CONTRÔLE DU CUMUL D'ACTIVITÉS	CONTRÔLE DE LA RECONVERSION PROFESSIONNELLE
COMPOSITION DU DOSSIER	<p>1. Une lettre de saisine de la Haute autorité par l'administration indiquant le nom et les coordonnées de l'agent chargé du traitement du dossier;</p> <p>2. Une description des fonctions sur lesquelles il est envisagé de nommer l'intéressé;</p> <p>3. Une description des fonctions exercées par l'intéressé dans le secteur privé au cours des trois dernières années;</p> <p>4. L'appréciation par l'autorité hiérarchique dont relève l'emploi de la compatibilité des fonctions sur lesquelles il est envisagé de nommer l'intéressé avec celles exercées dans le secteur privé au cours des trois dernières années;</p> <p>5° Le cas échéant, l'extrait du registre du commerce et des sociétés (extraits K ou K bis) ou la copie des statuts de la personne morale dans laquelle l'intéressé a exercé;</p> <p>6. Le cas échéant, la copie du ou des contrats de travail signés par l'intéressé au cours des trois dernières années³⁵.</p>	<p>1. La saisine initiale de l'agent informant l'autorité hiérarchique de son souhait d'exercer une activité privée et d'être placé, à ce titre, dans une position conforme à son statut;</p> <p>2. Une copie du contrat d'engagement pour les agents contractuels;</p> <p>3. Une description du projet envisagé comportant toutes les informations utiles et circonstanciées permettant l'appréciation de la demande par l'autorité hiérarchique;</p> <p>4. Le cas échéant, les statuts ou projets de statuts de l'entreprise que l'agent souhaite créer ou reprendre;</p> <p>5. Le cas échéant, l'extrait du registre du commerce et des sociétés (extraits K ou K bis) ou la copie des statuts de la personne morale que l'agent souhaite rejoindre³⁶.</p>	<p>1. Une lettre de saisine de la Haute autorité par l'administration indiquant le nom et les coordonnées de l'agent chargé du traitement du dossier et présentant l'activité privée envisagée;</p> <p>2. La saisine initiale de l'agent informant l'autorité hiérarchique de son souhait d'exercer une activité privée et d'être placé, à ce titre, dans une position conforme à son statut;</p> <p>3. Une copie du contrat d'engagement pour les agents contractuels;</p> <p>4. Une description du projet envisagé comportant toutes les informations utiles et circonstanciées permettant l'appréciation de la demande par l'autorité hiérarchique;</p> <p>5. Le cas échéant, les statuts ou projets de statuts de l'entreprise que l'agent souhaite créer ou reprendre;</p> <p>6. Le cas échéant, l'extrait du registre du commerce et des sociétés (extraits K ou K bis) ou la copie des statuts de la personne morale que l'agent souhaite rejoindre.</p> <p>7. Une description des fonctions exercées par l'agent au cours des trois dernières années et, le cas échéant, des liens entretenus dans le cadre de ces fonctions avec la personne morale que souhaite rejoindre l'agent ou avec tout autre entreprise privée mentionnée au deuxième alinéa de l'article 432-13 du code pénal;</p> <p>8. L'appréciation par l'autorité hiérarchique et, le cas échéant, de l'autorité dont relève l'agent ou a relevé au cours des trois années précédant le début de l'activité privée envisagée, de la compatibilité de cette activité envisagée avec les fonctions occupées;</p> <p>9. Une fiche administrative récapitulant la situation administrative et les différentes étapes de la carrière de l'agent³⁷.</p>

	CONTRÔLE PRÉALABLE À LA NOMINATION	CONTRÔLE DU CUMUL D'ACTIVITÉS	CONTRÔLE DE LA RECONVERSION PROFESSIONNELLE
DÉLAIS	<p>Lorsque l'autorité de nomination envisage de nommer une personne à l'un des postes énumérés au V.- de l'article 25 octies de la loi de 1983 et au 4° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013, elle saisit, préalablement à la décision de nomination, la Haute Autorité, qui dispose de quinze jours pour rendre son avis. L'absence d'avis à l'expiration de ce délai vaut avis de compatibilité.</p>	<p>Lorsque la demande émane d'un agent occupant l'un des emplois mentionnés à l'article 2 du décret n° 2020-69, l'autorité hiérarchique dont il relève saisit la Haute Autorité dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle le projet de l'agent lui a été communiqué. La Haute Autorité rend un avis dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. L'absence d'avis dans ce délai vaut avis de compatibilité. L'agent peut saisir directement la Haute Autorité si l'autorité hiérarchique dont il relève n'a pas saisi celle-ci dans le délai de 15 jours qui lui est imparti.</p>	<p>Lorsque la demande émane d'un agent occupant l'un des emplois mentionnés à l'article 2 du décret 2020-69, l'autorité hiérarchique dont il relève saisit la Haute Autorité dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle le projet de l'agent lui a été communiqué. La Haute Autorité rend un avis dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. L'absence d'avis dans ce délai vaut avis de compatibilité. L'agent peut saisir directement la Haute Autorité si l'autorité hiérarchique dont il relève n'a pas saisi celle-ci dans le délai de 15 jours qui lui est imparti.</p>

35. En application de l'article 3 de l'arrêté du 4 février 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

36. Article 1^{er} de l'arrêté du 4 février 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

37. En application de l'article 2 de l'arrêté du 4 février 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

Pour les agents et fonctionnaires dont la nature des fonctions ou le niveau hiérarchique le justifient, l'avis du référent déontologue, ainsi qu'une explicitation du doute sérieux de l'autorité de nomination, sont joints au dossier de saisine subsidiaire de la Haute Autorité.

Pour les agents et fonctionnaires dont la nature des fonctions ou le niveau hiérarchique ne le justifient pas, seul l'avis du référent déontologue est joint au dossier de saisine subsidiaire de la Haute Autorité.

— Comment saisir la Haute Autorité si je suis concerné par l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013 ?

Les responsables publics qui ont exercé, dans les trois dernières années, des fonctions exécutives locales, des fonctions gouvernementales ou des fonctions de membres d'autorités publiques ou administratives indépendantes, saisissent la Haute Autorité :

- Soit par courriel à l'adresse secretariat.president@hatvp.fr;
- Soit par courrier au 98/102 rue de Richelieu, CS 80202, 75082 Paris Cedex.

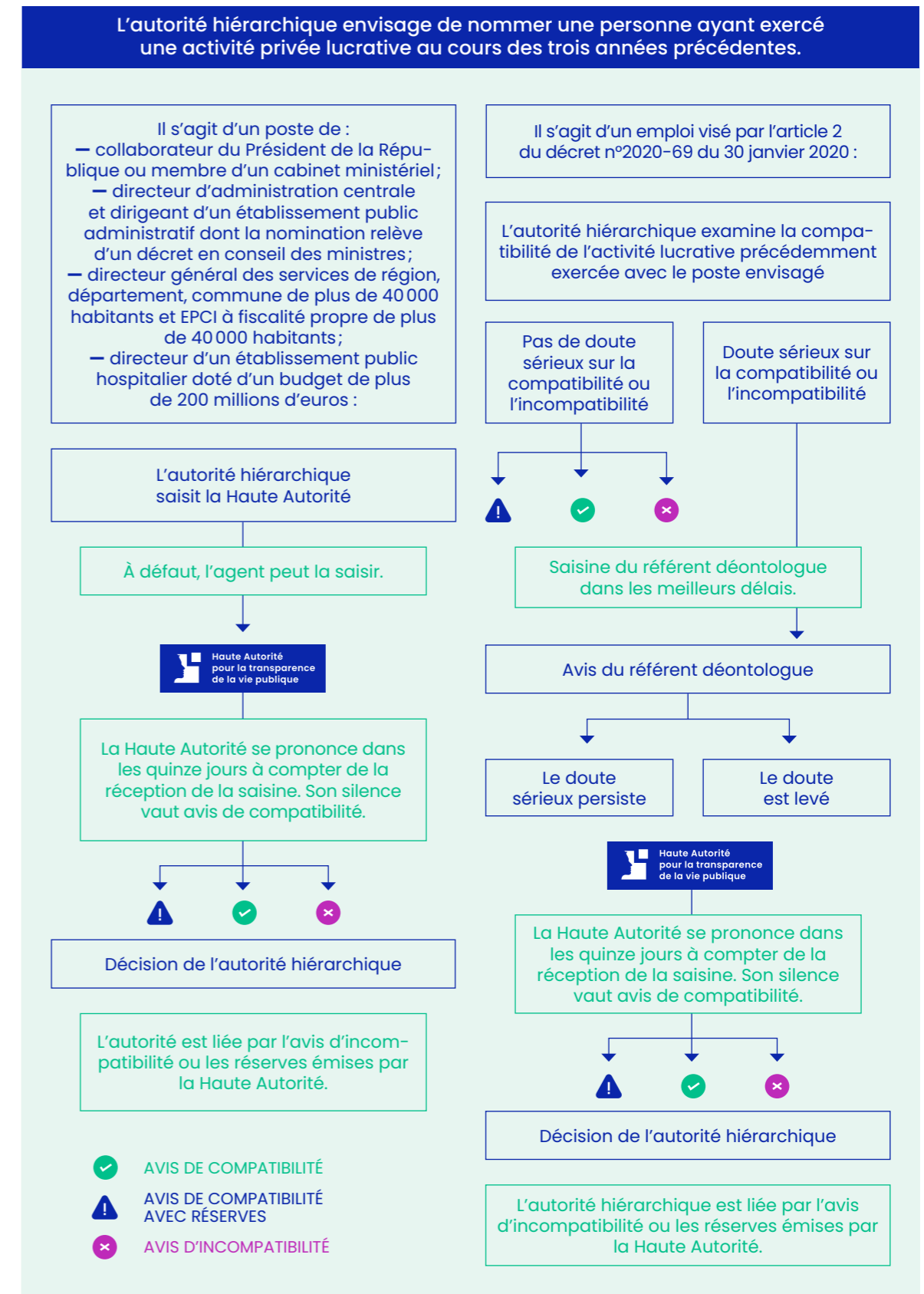
Le courrier de saisine doit indiquer :

- La nature et la date d'exercice des fonctions occupées les trois années passées, dont celles justifiant une demande d'avis en application de l'article 23 précité;
- La nature de la ou des activité(s) que le responsable public souhaite exercer et la date de prise de fonction envisagée;
- Les liens entretenus, le cas échéant, dans le cadre de ses précédentes fonctions publiques, avec l'entité dans laquelle il envisage d'exercer sa nouvelle activité;

Tous les documents susceptibles de faciliter l'instruction de la demande (fiche de poste, lettre de mission, statuts de la société, etc.) doivent être joints à ce courrier.

La Haute Autorité peut solliciter toute information complémentaire qu'elle juge utile.

Pour les agents et fonctionnaires dont la nature des fonctions ou le niveau hiérarchique ne le justifient pas, l'avis du référent déontologue est obligatoirement joint au dossier de saisine subsidiaire de la Haute Autorité.



Fiche 2

Le contrôle préalable à la nomination des agents publics

La loi du 13 juillet 1983, telle que modifiée par la loi du 6 août 2019, confie à la Haute Autorité la charge de contrôler l'accès à certains postes et emplois publics particuliers. Cette nouvelle mission s'inscrit dans une volonté de limiter de manière précoce les risques de conflit d'intérêts dans l'exercice de fonctions publiques particulièrement sensibles. L'avantage d'un tel dispositif de contrôle est une prévention efficace des risques déontologiques que les nominations d'agents issus du secteur privé peuvent présenter. Tous les postes ne sont pas concernés par ce contrôle de la Haute Autorité.

1. Les fonctions publiques concernées

En principe, le contrôle préalable à la nomination doit être opéré par chaque administration lorsqu'elle envisage de nommer des personnes ayant exercé des activités privées lucratives dans les trois années précédant leur entrée dans la fonction publique.

Par exception, la Haute Autorité peut être amenée à intervenir dans ce processus de « prénomination », à titre obligatoire pour certains emplois, ou à titre subsidiaire pour d'autres emplois.

1.1 La saisine obligatoire de la Haute Autorité pour les projets de nomination aux fonctions publiques les plus sensibles

Le V de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983 prévoit que la Haute Autorité doit être obligatoirement saisie pour avis préalable lorsqu'il est envisagé de nommer une personne issue du secteur privé aux postes suivants :

- les emplois de directeur d'administration centrale ou de dirigeant d'un établissement public de l'État dont la nomination relève d'un décret en conseil des ministres;
- les emplois de directeur général des services des régions, des départements, des communes de plus de 40 000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants;
- les emplois de directeur d'établissements publics hospitaliers dotés d'un budget de plus de 200 millions d'euros;
- les membres des cabinets ministériels et collaborateurs du Président de la République (en application de l'article 11 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires).

Pour ces emplois, dont la liste est limitative, le défaut de saisine par l'autorité de nomination peut conduire la Haute Autorité à se saisir elle-même, à l'initiative de son président, dans un délai de trois mois à compter du jour où le président a eu connaissance du défaut de saisine préalable.

1.2 La saisine subsidiaire de la Haute Autorité sur les projets de nomination aux autres fonctions publiques

Pour d'autres catégories d'emplois publics, la Haute Autorité peut être saisie lorsque l'administration a un doute sérieux sur la compatibilité de la nomination avec les activités privées lucratives exercées par la personne envisagée au cours des trois dernières années.

Tout d'abord, l'autorité de nomination saisit pour avis, et préalablement à sa décision, le référent déontologue. Lorsque l'avis du référent déontologue ne lui permet pas de lever le doute, l'administration peut ensuite saisir la Haute Autorité en joignant au dossier de l'intéressé l'avis du déontologue ainsi qu'une explication précise des causes de son doute sérieux.

Les emplois concernés par une telle procédure sont visés à l'article 2 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique :

- les emplois soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts, énumérés par le décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts prévue à l'article 25 *ter* de la

- loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et les emplois soumis à l'obligation de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale en application de l'article 25 quinquies de la loi du 13 juillet 1983, énumérés par le décret n° 2016-1968 du 28 décembre 2016;
- les directeurs généraux et secrétaires généraux et leurs adjoints des autorités indépendantes soumis aux obligations déclaratives devant la Haute Autorité, mentionnées au 6° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 susvisée;
- toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres;
- les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des autorités territoriales mentionnées au 2° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013, c'est-à-dire les autorités territoriales dont les présidents sont soumis aux obligations déclaratives devant la Haute Autorité;
- les membres, le vice-président, les présidents de section et le secrétaire général du Conseil d'État (mentionnés à l'article L131-7 du code de justice administrative);
- les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (mentionnés à l'article L. 231-4-1 du code de justice administrative);
- les membres et les personnels de la Cour des comptes, son premier président et son procureur général (mentionnés à l'article L. 120-10 du code des juridictions financières);
- les magistrats du siège des chambres régionales des comptes et les rapporteurs (mentionnés à l'article L. 220-8 du code des juridictions financières).

2. Les conditions du contrôle préalable

Le contrôle préalable à la nomination n'est pas systématiquement imposé : il ne l'est que si la personne dont la nomination est envisagée a exercé une ou plusieurs activités privées lucratives au cours des trois dernières années.

Sont entendues comme des activités privées lucratives toute activité salariée, ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé, ainsi que toute activité libérale.

Par exemple, la Haute Autorité considère que des activités de consultant au sein d'une société de mutuelle et d'assurances constituent des activités privées lucratives au sens du V de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983³⁸.

Il en va de même pour des activités rémunérées d'avocat au sein d'un cabinet, de directeur d'agence de communication, de directeur d'association ou de consultant au sein d'un parti politique.

38. Avis n° 2020-190 du 17 août 2020.

Néanmoins, compte tenu de l'absence de définition de la notion d'activité privée lucrative par le V de l'article 25 *octies*, certains organismes peuvent poser question. Le III de cet article fournit néanmoins quelques précisions. L'activité lucrative « *salariée ou non, [s'exerce] dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé* ». Il peut également s'agir d'une activité libérale. Enfin, pour l'application de ce texte, « *est assimilé à une entreprise privée tout organisme ou toute entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé* ».

La Haute Autorité a, par exemple, considéré que le GIP #France 2023 devait être regardé comme assurant la gestion, à titre principal, d'un service public à caractère industriel et commercial. À ce titre, il a été qualifié d'entreprise, dans la mesure où son activité s'exerce, en grande partie, dans le secteur concurrentiel, selon les règles du droit privé.

(Délibération n° 2020-24 du 3 mars 2020).

En revanche, la Haute Autorité considère que ne constituent pas des activités privées lucratives :

39. Avis n° 2020-97 du 10 juillet 2020.

— L'activité de collaborateur parlementaire « *dans la mesure notamment où les missions du collaborateur d'élus ne sont pas détachables de celles du parlementaire qu'il assiste* »³⁹.

— Les activités privées exercées sous le régime du stage étudiant « *dans la mesure où elles ouvrent uniquement droit à une gratification de stage qui n'a pas le caractère d'un salaire au sens du code du travail, et où elles ont pour principale vocation de doter l'étudiant de compétences professionnelles et d'appliquer sur le terrain les acquis de sa formation aux fins déterminées de valider son cursus et de favoriser son insertion sur le marché du travail* »⁴⁰.

40. Délibération n° 2020-18 du 3 mars 2020.

— Une activité au sein de l'Organisation pour la Coopération et le Développement Économique n'est pas susceptible d'être assimilée à un organisme privé dans la mesure où elle n'a pas d'activité économique et n'exerce pas son activité dans un secteur concurrentiel⁴¹.

41. Délibération n° 2020-17 du 3 mars 2020.

— La participation à une campagne électorale (directeur de campagne d'un candidat aux élections municipales) ne constitue pas une activité privée lucrative au sens de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983, « *dès lors qu'une compétition électorale ne saurait être qualifiée d'activité lucrative au profit d'une entreprise privée exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé* »⁴².

42. Délibération n° 2020-86 du 26 mai 2020.

3. Les objectifs du contrôle opéré par la Haute Autorité

L'avis rendu par la Haute Autorité dans le cadre du contrôle préalable à la nomination répond à un objectif de détection des problèmes déontologiques manifestes. Ce contrôle, opéré en amont, n'a pas vocation à se substituer à la décision de l'autorité de nomination, ni à apprécier l'opportunité ou l'adéquation de la nomination envisagée.

En outre, il s'agit d'un premier avis rendu par la Haute Autorité, sur une partie restreinte des intérêts détenus par la personne qui sera éventuellement nommée, puisque seules les activités privées lucratives exercées dans les trois années précédentes sont examinées à ce stade. Ainsi, ce contrôle ne saurait se substituer à celui de la déclaration d'intérêts qui devra être déposée par l'intéressé dans les deux mois suivant sa nomination. Cette déclaration fera ensuite l'objet d'un nouvel examen par la Haute Autorité dans le but de détecter des risques de conflit d'intérêts qui n'auraient pas été identifiés à l'occasion du contrôle de prénomination.

À titre d'exemple, dans le cadre de cette procédure, l'avis de compatibilité rendu par la Haute Autorité pourra contenir les réserves suivantes :

- La personne devra s'abstenir d'intervenir de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, dans toute décision relative à une mission ou une prestation de l'État/de la collectivité/du service pour laquelle la société où elle exerçait une activité privée lucrative serait candidate ;
- La personne devra se déporter des rendez-vous et échanges organisés avec la société dans laquelle elle exerçait une activité privée lucrative ;
- La personne devra se faire systématiquement accompagner par une autre personne de son service lors de rencontres où participerait, entre autres participants, la société où elle exerçait une activité privée lucrative.

Fiche 3

Le contrôle des déclarations d'intérêts

La déclaration d'intérêts est un outil essentiel dans la mise en œuvre de la prévention des conflits d'intérêts. En particulier, pour certains responsables et agents publics dont la nomination n'est pas contrôlée en amont par la Haute Autorité, la déclaration d'intérêts permet d'obtenir une cartographie précise des intérêts qu'ils détiennent au moment de leur entrée en fonctions. Elle doit également les inciter à opérer un questionnement déontologique sur leur situation personnelle.

Les informations demandées aux personnes concernées par l'obligation de déposer une déclaration d'intérêts auprès de la Haute Autorité sont étendues. Néanmoins, le dispositif recherche un équilibre entre le respect de la vie privée et l'exigence de transparence qu'implique l'exercice de hautes responsabilités publiques.

Cette présentation du contrôle de la déclaration d'intérêts a pour objectif d'en rappeler les principaux éléments ; la Haute Autorité propose des contenus plus détaillés sur son site Internet pour accompagner les déclarants dans le respect de leur obligation, en particulier, [le guide du déclarant](#).

1. Les personnes soumises à l'obligation de déposer une déclaration d'intérêts auprès de la Haute Autorité

Plus de 15 000 responsables publics (élus et agents publics) entrent dans le champ des obligations déclaratives prévues par les lois du 11 octobre 2013 et doivent, à ce titre, déclarer leurs intérêts auprès de la Haute Autorité.

La liste détaillée des responsables publics concernés et de leurs obligations déclaratives figure [en annexe](#) de ce guide.

2. Les intérêts concernés par l'obligation déclarative

2.1 Pour les responsables publics soumis à l'obligation de déclarer auprès de la Haute Autorité

La déclaration d'intérêts des responsables publics soumis aux obligations déclaratives devant la Haute Autorité porte sur les éléments suivants⁴³ :

- les activités professionnelles donnant lieu à rémunération ou gratification exercées à la date de la nomination (rubrique n° 1) ;
- les activités professionnelles ayant donné lieu à rémunération ou gratification exercées au cours des cinq dernières années (rubrique n° 2) ;
- les activités de consultant exercées à la date de la nomination et au cours des cinq dernières années (rubrique n° 3) ;
- les participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou d'une société à la date de la nomination ou lors des cinq dernières années ;
- les participations financières directes dans le capital d'une société à la date de la nomination ;
- les fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts ;
- les fonctions et mandats électifs exercés à la date de la nomination ;
- les collaborateurs parlementaires (uniquement pour les députés et sénateurs).

Cette liste n'est pas toujours bien comprise. Elle doit être considérée selon un système « d'entonnoir », chaque rubrique étant exclusive des autres.

À titre d'illustration :

- La rubrique n° 1 porte sur les activités professionnelles principales, qui donnent lieu à rémunération. Il peut s'agir d'une fonction de direction dans une entreprise.
- La rubrique n° 4 porte sur la participation à des organes dirigeants qui ne constitue pas l'activité principale de la personne, et qui n'est parfois pas rémunérée. Les principales structures concernées sont les établissements publics, les groupements d'intérêt public, les associations, les fondations ou, encore, les partis politiques.
- La rubrique n° 6 porte sur les fonctions strictement bénévoles, sans participation à un quelconque organe de direction. Seules celles qui sont susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts doivent être déclarées.

2.2 Pour les agents publics soumis à l'obligation de déclarer auprès de leur administration

Pour l'essentiel, les déclarations d'intérêts que doivent transmettre les agents publics en amont de leur nomination comportent les mêmes éléments que celles des responsables publics.

3. Les principales mesures pour prévenir ou faire cesser un conflit d'intérêts au début des fonctions

L'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 dispose que « *le fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver* ».

L'article 1^{er} de la loi du 11 octobre 2013 porte la même exigence pour les responsables publics.

3.1 La publicité de l'intérêt en cause

La première recommandation de la Haute Autorité, lorsqu'un conflit d'intérêts ou un risque de conflit d'intérêts est identifié, est de rendre public l'intérêt détenu. L'existence du risque doit être dévoilée au supérieur hiérarchique, aux collègues, aux autres membres de la commission ou à l'assemblée délibérante le cas échéant.

La formalisation de cette publicité est essentielle afin de permettre à l'institution concernée de mettre en place une organisation efficace et protectrice de l'intégrité publique.

3.2 Le déport et la délégation

Le déport s'organise en plusieurs étapes :

- D'abord, il faut identifier l'objet, la matière et les questions sur lesquels la personne concernée doit se déporter.
- Ensuite, la procédure de déport peut impliquer une délégation de la prise de décision et de la signature, lorsque les décisions ne sont pas collégiales.

Une publicité des mesures de déport est également nécessaire pour garantir que la personne concernée ne sera pas informée des éléments relatifs à la décision ou à toute discussion dans le périmètre de son déport, ni participer aux réunions préparatoires ou tout autre réunion. Le contenu de la procédure de déport doit être diffusé auprès des personnes concernées.

43. Décret n°2013-1212 du 23 décembre 2013 relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité et son annexe 3 sur le contenu de la déclaration d'intérêts.

TABLEAU RÉCAPITULATIF DES MESURES D'INTERDICTION ET DE PRÉCAUTION PRÉVUES PAR LES TEXTES		
RESPONSABLES PUBLICS	MESURES	FONDEMENT JURIDIQUE
Les élus locaux	Les présidents d'exécutifs locaux doivent prendre un arrêté énumérant les éléments sur lesquels ils se déportent et désigner la personne en charge de les suppléer, sans pouvoir recevoir d'instruction de leur part.	<i>Article 5 du décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de la loi transparence</i>
	Les titulaires d'une fonction exécutive locale souhaitant exercer une activité d'avocat : – Sont dans l'interdiction d'accomplir directement ou indirectement tout acte de la profession contre la collectivité ou les établissements publics qui en dépendent. – Ne peuvent pas être avocat de la collectivité territoriale, représenter des clients aux intérêts opposés à ceux de la collectivité et conseiller des entreprises ayant des activités sur le territoire de la collectivité.	<i>Article 118 à 221 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991</i>
Les « conseillers intéressés à l'affaire »	Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.	<i>Article L. 2131-11 du CGCT</i>
Les personnes chargées d'une mission de service public	– Si délégation de signature : informer le délégant par écrit des sujets concernés par le déport. – Si placées sous l'autorité d'un supérieur hiérarchique : informer immédiatement le supérieur, qui peut désigner une autre personne pour exercer cette compétence. Ne peuvent donner aucune instruction aux suppléants, ni prendre part à aucune réunion ou émettre un avis relatif à l'élément créant le conflit d'intérêts.	<i>Article 7 du décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de la loi transparence</i>
Les agents publics	– Si placé dans une position hiérarchique : l'agent doit saisir son supérieur hiérarchique, qui confie, le cas échéant, le traitement du dossier à une autre personne. – Si délégation de signature : l'agent doit s'abstenir d'en user. – Si participation à une instance collégiale : l'agent doit d'abstenir d'y siéger ou, le cas échéant, d'y délibérer. – Si compétences dévolues en propre : l'agent doit être suppléé par tout délégataire.	<i>Article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983</i>

3.3 Les autres mesures de précaution

La loi du 11 octobre 2013 et le décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de cette loi prévoient certaines mesures de résolution des conflits d'intérêts, pour les responsables publics, et l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 le prévoit pour les fonctionnaires et agents publics.

LORSQU'ILS ESTIMENT SE TROUVER EN SITUATION DE CONFLIT D'INTÉRÊTS...	
POUR LES RESPONSABLES PUBLICS	POUR LE FONCTIONNAIRE OU AGENT PUBLIC
<ul style="list-style-type: none"> – les membres du collège d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante s'abstiennent de siéger ou, le cas échéant, de délibérer. Les personnes qui exercent des compétences propres au sein de ces autorités sont suppléées suivant les règles de fonctionnement applicables à ces autorités; – les personnes titulaires de fonctions exécutives locales sont suppléées par leur délégataire, auquel elles s'abstiennent d'adresser des instructions; – les personnes chargées d'une mission de service public qui ont reçu délégation de signature s'abstiennent d'en user; – les personnes chargées d'une mission de service public placées sous l'autorité d'un supérieur hiérarchique le saisissent; ce dernier, à la suite de la saisine ou de sa propre initiative, confie, le cas échéant, la préparation ou l'élaboration de la décision à une autre personne placée sous son autorité hiérarchique. 	<ul style="list-style-type: none"> – lorsqu'il est placé dans une position hiérarchique, saisit son supérieur hiérarchique; ce dernier, à la suite de la saisine ou de sa propre initiative, confie, le cas échéant, le traitement du dossier ou l'élaboration de la décision à une autre personne; – lorsqu'il a reçu une délégation de signature, s'abstient d'en user; – lorsqu'il appartient à une instance collégiale, s'abstient d'y siéger ou, le cas échéant, de délibérer; – lorsqu'il exerce des fonctions juridictionnelles, est suppléé selon les règles propres à sa juridiction; – lorsqu'il exerce des compétences qui lui ont été dévolues en propre, est suppléé par tout délégataire, auquel il s'abstient d'adresser des instructions.

Dans le cas où aucune mesure de précaution ne paraît être de nature à prévenir le risque déontologique et pénal, la Haute Autorité peut préconiser la renonciation à l'intérêt.

Il s'agit d'une mesure particulièrement stricte que la Haute Autorité réserve aux cas présentant les risques les plus graves.

La prévention efficace du risque de conflit d'intérêts passe également par la mise en œuvre d'autres mécanismes, contraignants ou non, tels que la désignation d'un référent déontologue, l'élaboration d'une cartographie des risques, l'adoption d'une charte déontologique, l'encadrement des cadeaux et invitations ou, encore, l'exigence de déclarations d'intérêts en dehors des cas où la loi les rend obligatoires.

Ces différents mécanismes ne sont pas l'objet de ce guide et ont été précisément présentés dans le premier guide déontologique de la Haute Autorité, publié en avril 2019.

Fiche 4

Le contrôle de la gestion sans droit de regard des instruments financiers

Certains responsables et agents publics sont soumis à une obligation supplémentaire : la gestion sans droit de regard des instruments financiers qu'ils peuvent détenir.

Objectifs poursuivis par l'obligation de gérer les instruments financiers sans droit de regard

Le principal but de ce dispositif est de prévenir le risque de « délit d'initié » ou, plus largement, celui de voir la personne concernée, qui occupe des fonctions publiques importantes dans les domaines économique et financier, bénéficier d'informations privilégiées dont elle pourrait user pour son bénéfice personnel.

La détention, l'acquisition et la gestion d'instruments financiers peut également conduire à caractériser un conflit d'intérêts ou un risque de conflit d'intérêts dans la mesure où les titres détenus révèlent un intérêt particulier, distinct de l'intérêt général que le responsable public est censé défendre.

La gestion sans droit de regard constitue dans ce cas un dispositif spécifique permettant de prévenir ou de faire cesser un conflit d'intérêts; elle peut s'accompagner d'autres mesures telles que le dépôt.

1. Les personnes concernées par l'obligation de gestion sans droit de regard des instruments financiers

Au sens de l'article 8 de la loi du 11 octobre 2013, l'obligation de gestion sans droit de regard des instruments financiers vise d'abord les membres du Gouvernement. Elle s'applique également aux présidents et aux membres des collèges et, le cas échéant, des commissions de sanction des autorités indépendantes « *intervenant dans le domaine économique* »⁴⁴.

Sont également concernés, en vertu de l'article 25 *quater* de la loi du 13 juillet 1983, tous les fonctionnaires « *exerçant des responsabilités en matière économique ou financière et dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient* »⁴⁵.

44. Au sens du décret n° 2014-747 du 1^{er} juillet 2014, tel que modifié par le décret n° 2017-1254 du 9 août 2017, sont visés :

- Autorité de la concurrence;
- Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER);
- Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP);
- Autorité des marchés financiers (AMF);
- Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL);
- Commission de régulation de l'énergie (CRE);
- Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA);
- Haute Autorité pour la diffusion et la protection des droits sur Internet (HADOPI);
- Haute Autorité de santé (HAS).

45. Décret n° 2017-547 du 13 avril 2017 relatif à la gestion des instruments financiers détenus par les fonctionnaires ou les agents occupant certains emplois civils.

46. Décret n° 2019-1285 du 3 décembre 2019 relatif à la gestion des instruments financiers détenus par certains militaires.

Enfin, depuis 2019⁴⁶, sont visés :

- le chef d'état-major des armées ;
- les commissaires du Gouvernement désignés auprès des sociétés titulaires de marchés relatifs aux matériels de guerre.

2. Les instruments financiers concernés

Les instruments financiers sont constitués à la fois des titres et des contrats financiers, c'est-à-dire les contrats portant sur des instruments financiers, tels qu'ils sont définis par l'article D211-1 A du code monétaire et financier.

Sans prétendre à l'exhaustivité, les principales catégories de titres financiers sont les suivantes :

- les titres de capital émis par les sociétés par actions ;
- les titres de créances ;
- les parts ou actions d'organismes de placement collectif (les « fonds d'investissement »).

Ces titres financiers sont toujours détenus par l'intermédiaire d'un compte bancaire, qui peut être un compte-titres, un plan d'épargne en actions ou une assurance-vie. À l'inverse, les comptes d'épargne ne sont pas susceptibles de contenir des titres financiers⁴⁷.

3. Les modalités de gestion sans droit de regard qui s'imposent

3.1 La gestion collective

La « *détention, l'acquisition ou la cession de parts ou actions d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ou de fonds d'investissement alternatifs (FIA)* » constitue un mode de gestion sans droit de regard pour l'ensemble des assujettis⁴⁸. En effet, les parts ou actions de ces organismes sont gérées collectivement, et non directement par leur propriétaire. Certains fonds sont toutefois exclus⁴⁹.

La très grande majorité des titres détenus par l'intermédiaire d'une assurance-vie est gérée par des OPCVM ou des FIA. Seules quelques assurances-vie particulières, réservées à une clientèle fortunée, permettent, sous certaines conditions, d'acquérir des titres gérés individuellement.

47. Ne sont pas régis par les dispositions relatives aux instruments financiers les produits d'épargne tels que le livret A, l'épargne populaire, le livret jeune, le livret de développement durable, l'épargne-logement, le compte épargne d'assurance pour la forêt, les produits d'épargne salariale, les bons de caisse.

48. 1° du I de l'article 2 du décret du 1^{er} juillet 2014 précité.

49. Il s'agit des fonds d'investissement à vocation générale, des fonds professionnels spécialisés et des fonds professionnels de capital investissement.

3.2 Le mandat de gestion

3.2.1 Pour les instruments cotés en bourse

La « *gestion sous mandat conclu avec une personne habilitée à offrir le service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers* » constitue un mode de gestion sans droit de regard pour l'ensemble des assujettis⁵⁰. Le mandat et toute modification de ses termes ou du mandataire doivent être notifiés à la Haute Autorité.

Le mandat de gestion est un acte juridique par lequel le propriétaire d'un instrument financier (le mandant) donne à une autre personne (le mandataire) le pouvoir d'accomplir en son nom, et pour son compte, plusieurs actes juridiques concernant la gestion de cet instrument financier.

En pratique, c'est un contrat passé avec un service d'investissement⁵¹ titulaire d'un agrément délivré par l'AMF tel que les sociétés de bourse, les établissements de crédit ou encore les gérants de portefeuille. Les principales clauses portent sur les éléments suivants :

- les objectifs de la gestion et les catégories d'instruments financiers ;
- les modalités d'information du mandant sur la gestion de son portefeuille ;
- la durée, les modalités de reconduction et de résiliation du mandat et le mode de rémunération.

Le mandat de gestion doit « *exclu[re] toute possibilité [...] de donner au mandataire, directement ou indirectement, et par quelque moyen que ce soit, des instructions d'achat ou de vente portant sur des instruments financiers* » (I de l'article 3 du décret du 1^{er} juillet 2014). Le mandant peut demander au mandataire de lui fournir des liquidités, « *dès lors que les instruments financiers cédés à cette fin sont choisis par le mandataire*⁵² ». Le mandat doit être « *conclu pour toute la durée des fonctions* » de l'intéressé.

3.2.2 Pour les instruments non cotés en bourse

Selon un mécanisme comparable aux mandats de gestion individualisée, un assujetti peut, s'agissant « *d'instruments financiers qui ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé* », confier leur gestion à un tiers « *au moyen d'une fiducie prévue aux articles 2011 et suivants du code civil ou d'une convention en vertu de laquelle ce tiers exerce les droits attachés à la détention de ces instruments financiers*⁵³ ».

50. 2° du I de l'article 2 du décret du 1^{er} juillet 2014 précité.

51. Mentionné à l'article L. 321-1 et suivants du code monétaire et financier.

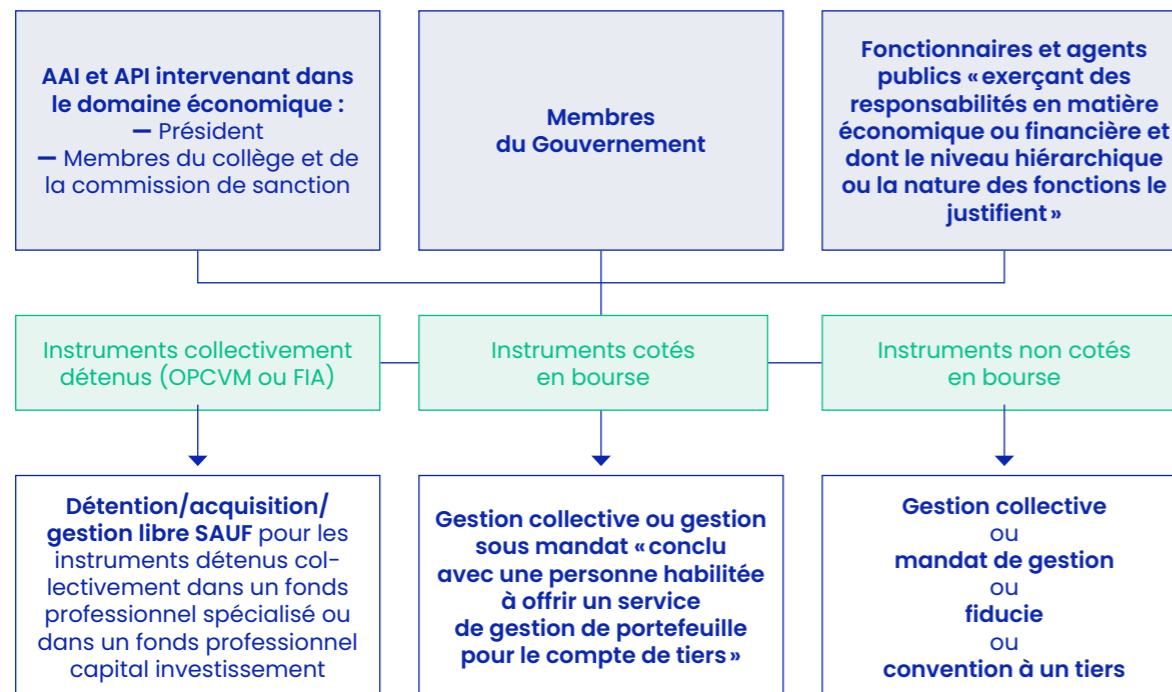
52. Le rapporteur des lois relatives à la transparence de la vie publique, M. Jean-Jacques Urvoas, précisait que « *ce mandat doit être rédigé de manière à interdire au ministre de donner un ordre au gérant, sauf pour vendre une partie, choisie par le gérant, du portefeuille détenu. Seules les obligations ou parts d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (...) peuvent être achetées par le gérant. Les transactions doivent être réalisées sur des marchés réglementés, et non de gré à gré* », rapport n° 1108 et 1109 du 5 juin 2013, p. 224.

53. III de l'article 2 du décret du 1^{er} juillet 2014 précité.

Il en va ainsi des actions détenues dans une société par actions simplifiée (SAS) ou dans les cas de détention de parts dans une société civile de gestion de portefeuille gérant les participations dans une SAS.

De même que pour le mandat de gestion, la convention doit stipuler que la personne assujettie à l'obligation « s'abstient de donner toute instruction au tiers auquel elle a confié la gestion de ses instruments financiers ».

Schéma récapitulatif de l'obligation de gestion sans droit de regard



3.3 La conservation en l'état

La « conservation en l'état des instruments financiers » constitue un mode de gestion sans droit de regard dans certaines situations⁵⁴. Il convient alors, pour la personne concernée, de compléter un formulaire type, accessible sur le site de la Haute Autorité⁵⁵.

54. Il de l'article 2 et articles 3-1 à 3-3 du décret du 1^{er} juillet 2014 précité.

55. https://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/conservation_en_letat.pdf

3.3.1 Pour les membres d'autorités indépendantes

Lorsque des instruments financiers à gestion individuelle détenus par un membre d'une autorité indépendante « ne sont pas en rapport avec le secteur d'activité de l'autorité » en cause, la conservation en l'état pendant la durée de leur mandat constitue une modalité de gestion sans droit de regard.

À défaut, dès lors que les instruments financiers détenus concernent le secteur d'activité de l'autorité indépendante dont est membre l'intéressé, il lui appartiendra de placer ces instruments sous mandat de gestion.

Les personnalités qualifiées des autorités indépendantes qui exercent un mandat à temps partiel et maintiennent « une activité professionnelle subordonnée par la loi à la détention d'actions d'une société » peuvent conserver, en l'état, le « nombre d'actions strictement nécessaire pour remplir les conditions prévues par la loi⁵⁶ ».

56. Article 3-2 du décret du 1^{er} juillet 2014 précité.

3.3.2 Pour l'ensemble des assujettis

Lorsque le conjoint de l'assujetti, marié sous la communauté légale ou conventionnelle, détient des instruments financiers nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle, ces instruments peuvent être conservés en l'état⁵⁷.

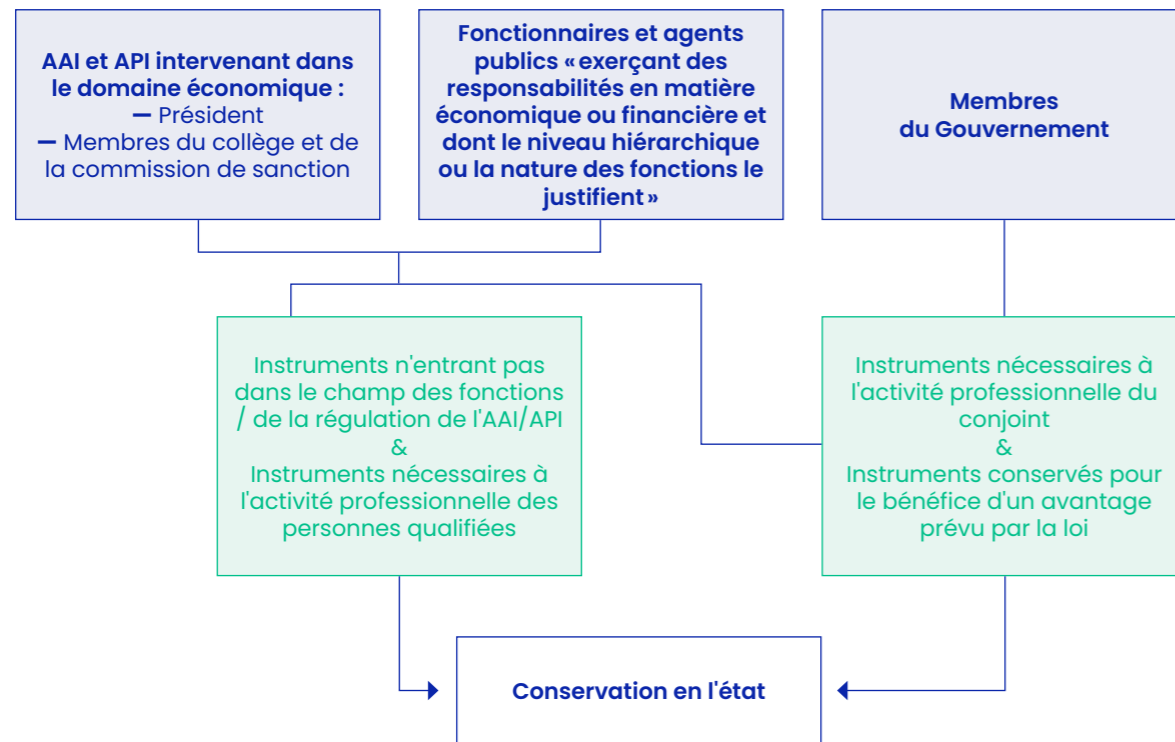
57. Article 3-1 du décret du 1^{er} juillet 2014 précité.

Dès lors qu'il s'agit d'instruments financiers que l'assujetti « doit conserver pour une durée déterminée pour bénéficier d'un avantage prévu par la loi », alors la conservation en l'état constitue une mesure de gestion sans droit de regard⁵⁸.

58. Article 3-3 du décret du 1^{er} juillet 2014 précité.

Tel est notamment le cas en matière fiscale, l'article 885 I *quater* du code général des impôts exonérant d'impôt de solidarité sur la fortune, à concurrence des trois quarts de leur valeur, les parts ou actions de sociétés détenues par les salariés ou mandataires sociaux. Le contribuable doit alors s'engager à conserver ses titres pendant une durée minimale de six ans à compter de leur acquisition. Au terme de ce délai, l'intéressé reprend l'entière gestion de ses titres. Dès lors que ces instruments seront à nouveau disponibles, alors le régime de droit commun s'appliquera.

Schéma récapitulatif de l'obligation de gestion sans droit de regard



4. Quand et comment se conformer à l'obligation ?

Les assujettis à l'obligation de gestion sans droit de regard de leurs instruments financiers doivent justifier « *des mesures prises auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique*⁵⁹ ». Les militaires concernés disposent d'un délai de six mois pour en justifier.

Depuis le 1^{er} janvier 2018, les justificatifs sont, en accord avec l'article 4 du décret du 1^{er} juillet 2014, transmis à la Haute Autorité au moyen du téléservice « ADEL ». Un « *questionnaire pour la gestion des instruments financiers* » permet de définir les modalités de gestion appropriées pour chaque instrument et indique les justificatifs correspondants à fournir.

59. Au sens de l'article 8 de la loi du 11 octobre 2013 et de l'article 25 quater de la loi du 13 juillet 1983.

Fiche 5 Le contrôle du cumul d'activités

En raison de la nature même de la fonction publique et des obligations qui en découlent, les agents publics doivent poursuivre, dans l'exercice de leur fonction, un but d'intérêt général, à l'exclusion de tout objectif d'enrichissement personnel.

L'article 25 septies, I, de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires oblige ainsi l'agent public à consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Un tel principe trouve sa justification dans la nécessité de garantir l'impartialité et la neutralité des services publics afin de ne pas compromettre leur fonctionnement normal.

Ce principe a été précisé par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, aux termes de laquelle il est interdit à l'agent public de :

- créer ou de reprendre une entreprise s'il occupe un emploi à temps complet et qu'il exerce ses fonctions à temps plein;
- participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif;
- donner des consultations, de procéder à des expertises ou de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique;
- prendre ou de détenir, directement ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle il appartient ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre son indépendance;
- cumuler un emploi permanent à temps complet avec un ou plusieurs autres emplois permanents à temps complet⁶⁰.

Toutefois, l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 prévoit un certain nombre d'exceptions liées à une exigence de proportionnalité de l'obligation par rapport à la liberté d'entreprendre, mais aussi à une volonté plus récente d'encourager la mobilité public/privé.

Les cumuls d'activités autorisés à titre dérogatoire résultent de la recherche d'un équilibre « *entre la garantie du bon fonctionnement du service public et la possibilité pour les agents de faire preuve d'une initiative entrepreneuriale ou de compléter leurs revenus* »⁶¹.

60. Article 25 septies, I, de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

61. Assemblée nationale, question écrite n°25451 de M. Christophe Naegelen, réponse du ministre de l'action et des comptes publics du 7 avril 2020.

1. Les cumuls d'activités autorisés

La loi prévoit trois types de dérogations :

LES ACTIVITÉS LIBRES	LES ACTIVITÉS SOUMISES À DÉCLARATION PRÉALABLE À L'AUTORITÉ HIÉRARCHIQUE	LES ACTIVITÉS SOUMISES À AUTORISATION DE L'AUTORITÉ HIÉRARCHIQUE
<ul style="list-style-type: none"> — la production des œuvres de l'esprit⁶²; <i>Ex : travaux d'auteur</i> — les professions libérales lorsque celles-ci découlent de la nature même des fonctions pour certains agents des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique. <i>Ex : activité d'enseignement complémentaire</i> 	<p>Toute activité privée lucrative pour :</p> <ul style="list-style-type: none"> — le dirigeant ou associé d'une société qui, lauréat d'un concours ou recruté en tant qu'agent contractuel de droit public, peut continuer à exercer son activité pendant un an renouvelable une fois; — les agents qui occupent un emploi à temps incomplet pour lequel la durée du travail est inférieure ou égale à 70%. 	<ul style="list-style-type: none"> — les activités accessoires⁶³; — la création ou la reprise d'entreprise avec une demande d'exercice à temps partiel pour les fonctionnaires et agents à temps complet.

62. Liste à l'article L. 112-1 et L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle.

63. La liste se trouve à l'article 11 du décret n° 2020-69.

2. Les hypothèses de cumul d'activités pour lesquelles la Haute Autorité est saisie

Parmi tous ces cas de cumul d'activités, la Haute Autorité n'est compétente que pour **le cumul d'activités pour la création ou reprise d'une entreprise, associé à une demande de temps partiel.**

Pour le contrôle de la compatibilité de l'exercice d'une activité accessoire, la Haute Autorité n'est jamais compétente. Ce contrôle n'appartient qu'à l'autorité hiérarchique.

2.1 Les trois conditions de compétence de la Haute Autorité

Pour saisir la Haute Autorité, trois conditions cumulatives doivent être réunies :

- l'agent public doit occuper un emploi à temps complet.

Par exemple, la Haute Autorité s'est déclarée incompétente pour une psychologue en contrat à durée indéterminée à temps incomplet d'un centre hospitalier⁶⁴.

64. Avis n°2020-70 du 28 mai 2020.

- l'agent public doit avoir pour projet la création d'une entreprise ou la reprise d'une entreprise déjà existante et exercer, à ce titre, une activité privée lucrative.

Il y a création ou reprise d'entreprise si, et seulement si, celle-ci donne lieu à une immatriculation au registre du commerce et des sociétés, ou au répertoire des métiers, ou à une affiliation au régime microsocial de l'article L. 613-7 du code de la sécurité sociale.

L'activité que l'agent public entend mener en parallèle de ses fonctions publiques est entendue comme :

- toute activité lucrative dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé;
- toute activité libérale⁶⁵.

- l'agent public demande, pour mener cette nouvelle activité, à accomplir son service à temps partiel.

Ainsi, la Haute Autorité s'est déclarée incompétente pour un fonctionnaire qui envisageait d'exercer une activité accessoire de coaching sportif sous le régime de l'autoentreprise car ce dernier n'avait pas sollicité de temps partiel⁶⁶.

2.2 Les précisions sur la condition d'exercice à temps partiel

Le temps partiel autorisé dans ce cadre ne peut être inférieur au mi-temps.

Il est accordé par l'autorité hiérarchique :

- sous réserve des nécessités de la continuité et du fonctionnement du service et compte tenu des possibilités d'aménagement de l'organisation du travail;
- pour une durée maximale de trois ans, renouvelable un an, à compter de la création ou de la reprise de cette entreprise.

Toute nouvelle autorisation d'accomplir un temps partiel pour les mêmes raisons peut être introduite dans un délai de trois ans après la fin de la première période d'exercice à temps partiel.

L'autorisation prend effet à compter de la date de création ou de reprise de l'entreprise.

Il est à noter que le renouvellement de l'autorisation ne doit pas faire l'objet d'une nouvelle saisine de la Haute Autorité lorsque celle-ci s'est déjà prononcée.

65. Ces activités recouvrent un champ très large : fonction dirigeante au sein d'une société commerciale ou d'une association (président du conseil d'administration, directeur général, gérant...), exercice de la profession de consultant en microentreprise, quel qu'en soit le domaine, au profit d'une clientèle publique ou privée...

66. Avis n° 2020-67 du 12 mai 2020.

3. Les postes concernés dans la fonction publique

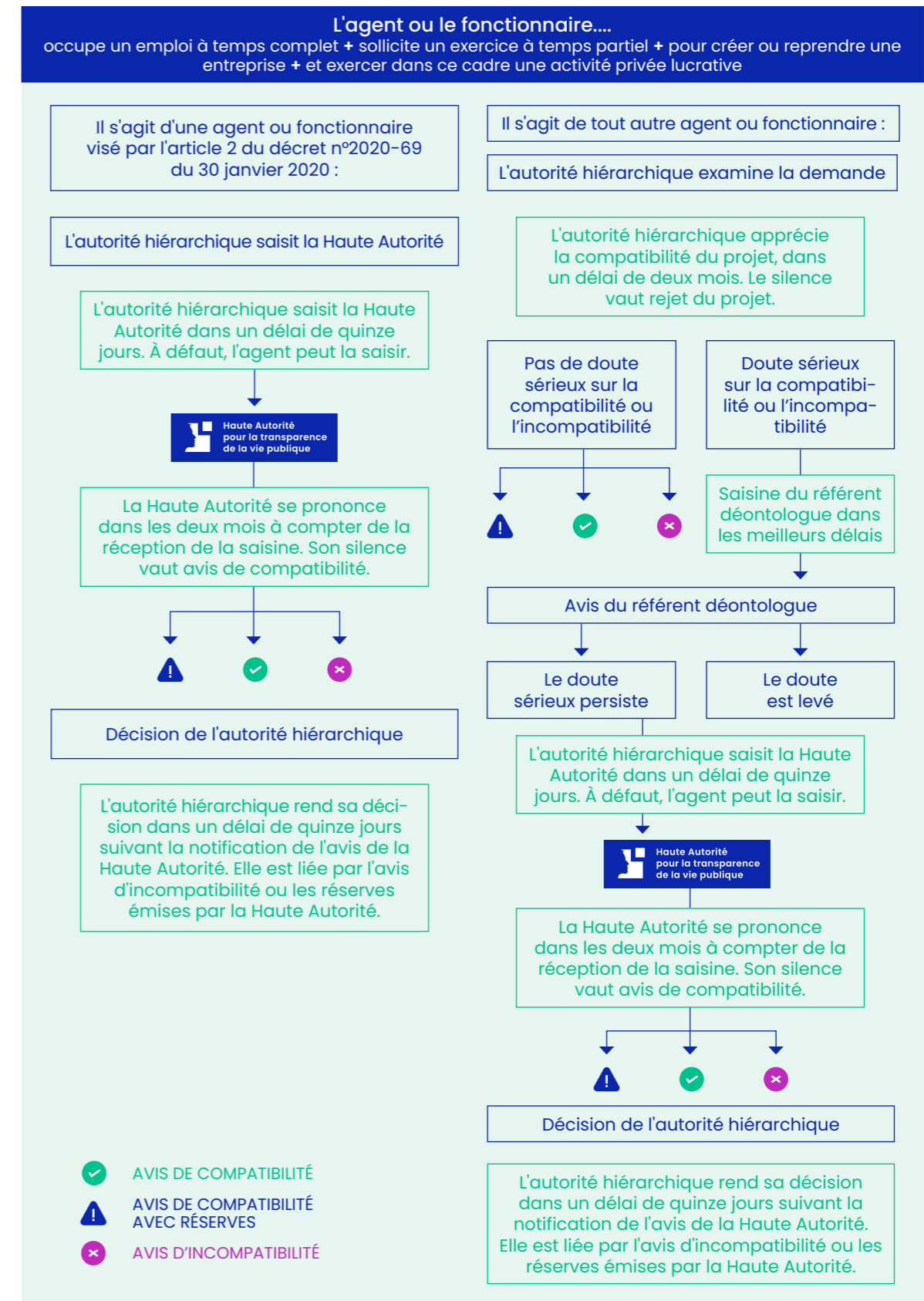
Tout agent public cessant, définitivement ou temporairement, ses fonctions saisi, à titre préalable, l'autorité hiérarchique dont il relève afin d'apprécier la compatibilité de son projet de création ou reprise d'entreprise.

Pour certaines catégories d'emplois, le III de l'article 25 septies prévoit que l'autorité hiérarchique soumet la demande d'autorisation de cumul pour création d'entreprise déposée par l'agent à l'avis préalable de la Haute Autorité.

3.1 La saisine obligatoire de la Haute Autorité pour les fonctions publiques les plus sensibles

Il s'agit des emplois mentionnés à l'article 2 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique :

- les emplois soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts, énumérés par le décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts prévue à l'article 25 ter de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et les emplois soumis à l'obligation de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale en application de l'article 25 quinquies de la loi du 13 juillet 1983, énumérés par le décret n° 2016-1968 du 28 décembre 2016;
- les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République;
- les directeurs généraux et secrétaires généraux et leurs adjoints des autorités indépendantes mentionnées au 6° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 susvisée;
- toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres;
- les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des autorités territoriales mentionnées au 2° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013;
- les membres, le vice-président, les présidents de section et le secrétaire général du Conseil d'État (mentionnés à l'article L. 131-7 du code de justice administrative);
- les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (mentionnés à l'article L. 231-4-1 du code de justice administrative);
- les membres et les personnels de la Cour des comptes, son premier président et son procureur général (mentionnés à l'article L. 120-10 du code des juridictions financières);
- les magistrats du siège des chambres régionales des comptes et les rapporteurs (mentionnés à l'article L. 220-8 du code des juridictions financières).



Pour ces emplois, dont la liste est limitative, le défaut de saisine par l'autorité de nomination peut conduire la Haute Autorité à se saisir elle-même, à l'initiative de son président, dans un délai de trois mois à compter du jour où le président a eu connaissance de ce défaut de saisine préalable.

3.2 La saisine subsidiaire de la Haute Autorité pour les autres fonctions publiques

Pour les catégories d'emplois non visées par le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020, l'autorité hiérarchique se prononce elle-même sur la compatibilité de la création ou de la reprise d'entreprise envisagée avec les fonctions publiques exercées. Lorsqu'elle a un doute sérieux sur la situation, elle saisit pour avis le référent déontologue. Si l'avis du référent déontologue ne permet pas de lever son doute sérieux, l'autorité peut alors saisir la Haute Autorité d'une demande d'avis. Elle rend ensuite sa décision au regard de l'avis rendu par la Haute Autorité, lequel lie l'administration lorsqu'il est de compatibilité avec réserves ou d'incompatibilité.

Fiche 6

Le contrôle de la reconversion professionnelle dans le secteur privé

Certains responsables publics ont l'obligation de soumettre à l'examen de la Haute Autorité leur projet de quitter, temporairement ou définitivement, leurs fonctions afin d'exercer certaines activités privées ou dans un secteur concurrentiel. Les agents publics ont la même obligation auprès de leur autorité hiérarchique ou de la Haute Autorité selon l'emploi qu'ils occupent.

Le « pantouflage »

La reconversion professionnelle dans le secteur privé des hauts fonctionnaires est souvent appelée « pantouflage ».

Ce terme est issu de l'argot de l'École Polytechnique renvoyant aux polytechniciens qui entraînent, à l'issue de leurs études, dans la « pantoufle », par opposition à la « botte », laquelle désignait les carrières civiles au sein de l'État⁶⁷. Ce terme recouvre également la somme qu'un fonctionnaire diplômé d'une école du service public doit rembourser à l'État lorsqu'il ne respecte pas son obligation de le servir pendant une certaine durée, de dix ans en règle générale.

L'expression a ensuite été étendue au départ dans le secteur privé de l'ensemble des hauts fonctionnaires et des responsables politiques.

La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique prévoit que le Gouvernement doit remettre au Parlement un rapport annuel sur l'état de la fonction publique, comprenant notamment une annexe qui précise « *la situation des élèves et des membres des corps recrutés par la voie de l'École nationale d'administration, de l'École Polytechnique, de l'École nationale supérieure des mines, de l'École nationale de la magistrature et des élèves et des anciens élèves des écoles normales supérieures au regard de l'engagement de servir pendant une durée minimale en indiquant le nombre d'agents soumis à l'obligation de remboursement des sommes fixées par la réglementation applicable en conséquence de la rupture de cet engagement ainsi que le nombre d'agents n'ayant pas respecté ou ayant été dispensés de cette obligation* »⁶⁸.

67. Albert-Lévy et G. Pinet, *L'argot de l'X illustré par les X*, p. 218-220.

68. Article 37 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

Une obligation similaire existe au niveau de l'**Union européenne**, en application de l'article 16 du Statut de la fonction publique européenne :

- le fonctionnaire qui souhaite exercer une nouvelle activité professionnelle dans les **deux années** suivant la cessation de ses fonctions est tenu de le déclarer à son institution ;
- les anciens membres du **personnel d'encadrement supérieur** (directeurs généraux, adjoints, chefs de cabinet...), ont l'interdiction, pendant les **douze mois** suivant la cessation de leurs fonctions, d'entreprendre une activité de **lobbying** vis-à-vis du personnel de leur ancienne institution pour le compte de leur entreprise/clients/employeurs.

1. Les responsables et agents publics concernés

1.1 La saisine obligatoire de la Haute Autorité pour les fonctions publiques les plus sensibles

La saisine obligatoire de la Haute Autorité concerne d'abord, au titre de la loi du 11 octobre 2013, les personnes ayant exercé certaines responsabilités politiques. Elle concerne ensuite, au titre de la loi du 13 juillet 1983, les agents publics ayant occupé certains emplois sensibles.

Pour les responsables publics, l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013 vise uniquement les personnes qui ont exercé, dans les trois dernières années :

- des fonctions gouvernementales ;
- des fonctions de membre d'une autorité administrative ou publique indépendante ;
- des fonctions exécutives locales énumérées à l'article 11 de la loi de 2013.

Pour les fonctionnaires et agents publics, l'article 2 du décret n° 2020-69 prévoit que la Haute Autorité doit obligatoirement être saisie, en application du IV de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983, pour les personnes ayant occupé les emplois suivants :

- les emplois soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts, énumérés par le décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts prévue à l'article 25 *ter* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et les emplois soumis à l'obligation de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale en application de l'article 25 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983, énumérés par le décret n° 2016-1968 du 28 décembre 2016 ;
- les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République ;

- les directeurs généraux et secrétaires généraux et leurs adjoints des autorités indépendantes mentionnées au 6° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 susvisée ;
- toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres ;
- les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des autorités territoriales mentionnées au 2° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 ;
- les membres, le vice-président, les présidents de section et le secrétaire général du Conseil d'État (mentionnés à l'article L. 131-7 du code de justice administrative) ;
- les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (mentionnés à l'article L. 231-4-1 du code de justice administrative) ;
- les membres et les personnels de la Cour des comptes, son premier président et son procureur général (mentionnés à l'article L. 120-10 du code des juridictions financières) ;
- les magistrats du siège des chambres régionales des comptes et les rapporteurs (mentionnés à l'article L. 220-8 du code des juridictions financières).

La Haute Autorité doit être saisie obligatoirement dès lors qu'une fonction mentionnée ci-dessus est présentement occupée par un agent ou bien lorsqu'elle a été occupée **au cours des trois dernières années**, indépendamment de la fonction actuellement occupée ou du fait que la personne ait déjà cessé ses fonctions⁶⁹.

En outre, lorsque la Haute Autorité est saisie sur le fondement de sa compétence obligatoire, pour les fonctions énumérées par l'article 2 du décret n° 2020-69, elle se prononce sur la compatibilité de l'activité privée envisagée avec **la totalité des fonctions publiques occupées au cours des trois dernières années**. Ce contrôle global est mené par la Haute Autorité même si l'agent concerné a occupé, au cours des trois dernières années, un autre emploi ne relevant pas de l'article 2 du décret n° 2020-69, pour lequel la compétence de la Haute Autorité n'est en principe que subsidiaire⁷⁰.

69. Délibération n° 2020-89 du 26 mai 2020.

70. Délibération n° 2020-222 du 1^{er} décembre 2020.

1.2 La saisine subsidiaire de la Haute Autorité pour les autres emplois publics

Tout agent public cessant définitivement ou temporairement ses fonctions saisit, à titre préalable, l'autorité hiérarchique dont il relève afin d'apprécier la compatibilité de son projet de reconversion avec ses fonctions publiques.

Si l'autorité hiérarchique a un doute sérieux sur son projet de reconversion professionnelle, elle saisit son référent déontologue pour avis. Si le doute sérieux n'est pas levé au regard de son avis, elle saisit alors la Haute Autorité.

2. Les hypothèses de reconversion professionnelle concernées

Il existe des disparités entre les deux textes qui réglementent le contrôle de la reconversion professionnelle. Néanmoins, la Haute Autorité privilégie un contrôle similaire des responsables et agents publics. Elle procède à un contrôle *in concreto* de l'activité envisagée et de la structure dans laquelle la personne envisage sa reconversion. Ainsi, la désignation de l'organisme par les textes ne suffit pas pour établir la compétence ou l'incompétence de la Haute Autorité : une appréciation fondée sur la nature réelle des activités de l'organisme est nécessaire.

2.1 Pour les responsables publics visés par l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013

Dans le cadre de la loi du 11 octobre 2013, le contrôle s'impose pour les responsables publics qui envisagent d'exercer :

- toute activité libérale (par exemple une activité de conseil ou l'exercice de la profession d'avocat) ;
- toute activité rémunérée au sein :
 - d'une entreprise ;
 - d'un établissement public dont l'activité a un caractère industriel et commercial ;
 - d'un groupement d'intérêt public dont l'activité a un caractère industriel et commercial.

Par conséquent, les activités **purement bénévoles** sont exclues du champ de ces dispositions.

Par exemple, la Haute Autorité considère qu'elle n'est pas compétente pour examiner les demandes relatives aux activités envisagées au sein de certains établissements publics, qualifiés d'industriels et commerciaux en vertu des textes qui les ont institués, dans la mesure où une appréciation concrète de leurs activités révèle qu'ils exercent en réalité des missions de service public administratif. C'est le cas du Centre national d'études spatiales⁷¹ ou de l'Institut français⁷².

Elle considère également qu'elle n'est pas compétente lorsque l'activité de l'établissement relève de missions de service public industriel et commercial mais qu'elle ne s'exerce pas sur un secteur concurrentiel. C'est par exemple le cas de la SOLIDEO⁷³.

La Haute Autorité considère que la participation à un conseil d'administration, donnant lieu à rémunération, même sous forme de jetons de présence, doit faire l'objet d'un contrôle⁷⁴.

71. Délibération n° 2020-197 du 20 octobre 2020.

72. Avis n° 2020-233 du 17 novembre 2020.

73. Délibération n° 2020-176 du 22 septembre 2020.

74. Délibération n° 2020-163 relative au projet de reconversion professionnelle de Monsieur Édouard Philippe.

2.2 Pour les fonctionnaires et agents publics

Pour tous les fonctionnaires et agents publics, l'autorité hiérarchique doit être saisie lorsqu'ils envisagent d'exercer :

- toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé, comme une fondation ou une association ;
- toute activité libérale.

La loi précise que, pour ce contrôle, « est assimilé à une entreprise privée tout organisme ou toute entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé ». Il en ressort que l'obligation de saisir, pour les responsables publics qui relèvent de la loi du 11 octobre 2013, comme pour les fonctionnaires et agents, doit être effectuée selon la même appréciation de la notion d'entreprise. Des organismes de droit public peuvent en effet correspondre à cette définition, à l'instar de certains établissements publics à caractère industriel ou commercial.

La Haute Autorité considère que certaines associations créées par les collectivités territoriales dans le domaine de la gestion de leur patrimoine touristique, ou aux fins de promouvoir leur attractivité, peuvent pratiquer leur activité dans un secteur concurrentiel si elles exercent certaines activités commerciales de ventes ou de prestations de services et qu'une partie de leurs ressources provient de ces activités⁷⁵.

La Haute Autorité estime que le groupe Caisse des Dépôts et Consignations, qualifié par le code monétaire et financier de « groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays », exerce une part significative de ses activités dans un secteur concurrentiel, notamment par l'intermédiaire de ses filiales⁷⁶.

75. Délibération n° 2020-182 du 6 octobre 2020.

76. Délibération n° 2020-151 du 4 août 2020.

3. Les réserves imposées à l'égard des responsables et agents publics en reconversion professionnelle

Dans le cadre du contrôle de la reconversion professionnelle, la Haute Autorité peut prévoir les mesures de précaution qu'elle estime les plus pertinentes selon les cas.

Certaines mesures, prononcées dans le cadre de l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013, sont dites d'usage. Elles consistent en l'interdiction d'entreprendre toute **démarche** auprès de

77. Voir la délibération n° 2019-87 du 10 septembre 2019.

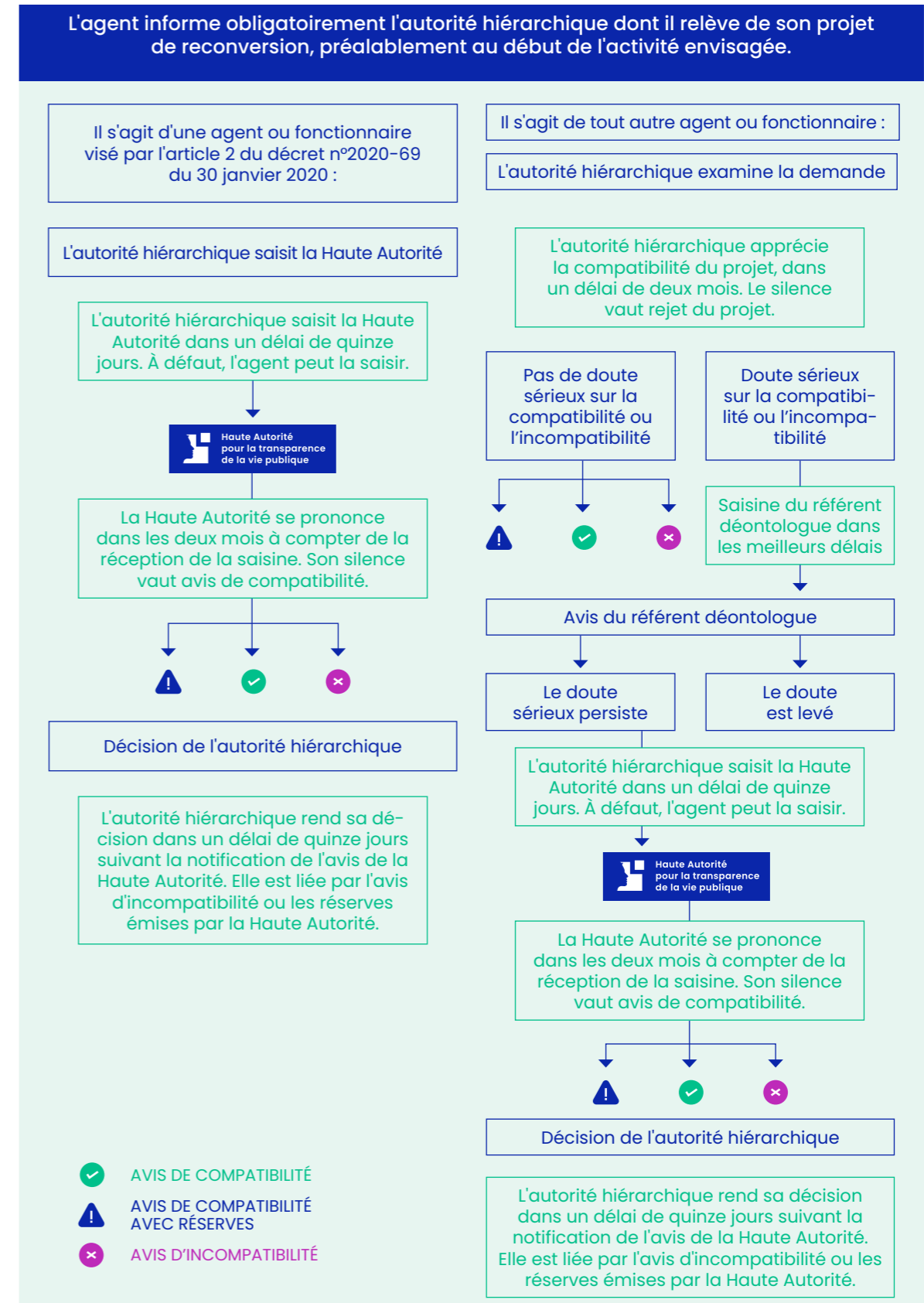
78. Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées par le code pénal. Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent.

ses anciens services, c'est-à-dire toute entrée en contact, à son initiative, aux fins d'obtenir des informations, une mise en relation, une autorisation ou un agrément ou toute autre démarche juridique, en lien avec la nouvelle activité privée.

Parmi de telles démarches, la conduite **d'actions de représentation d'intérêts** auprès de certains responsables publics ou de son ancienne administration est également interdite.

La Haute Autorité rappelle également qu'il ne doit pas être fait usage de documents ou d'informations confidentiels dont le responsable public aurait eu connaissance du fait de ses anciennes fonctions⁷⁷. Pour les agents publics, cette obligation est rappelée par l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983⁷⁸.

Dans certains cas, il peut être demandé que l'intéressé s'abstienne de se prévaloir de sa qualité de responsable ou d'agent public dans le cadre de son activité privée. Plus généralement, l'intéressé ne devra pas se servir de ses anciennes fonctions publiques pour favoriser ou faire la promotion de ses activités privées.



Fiche 7

Les suites des contrôles

Dans le cadre des examens préalables à la nomination, au cumul d'activités pour création ou reprise d'entreprise et aux projets de reconversion professionnelle, au titre de la loi de 2013 ou de la loi de 1983, la Haute Autorité rend trois types d'avis, qui correspondent à une gradation des risques déontologiques ou pénaux identifiés.

1. La typologie des avis rendus

1.1 L'avis d'incompétence, d'irrecevabilité ou le non-lieu à statuer

La Haute Autorité rend un avis d'incompétence ou d'irrecevabilité lorsque les procédures et les modalités de saisine décrites ci-dessus n'ont pas été respectées.

Au titre du III de l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013 et du IX de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983, le président peut rendre de tels avis au nom de la Haute Autorité afin de raccourcir le délai d'adoption.

Par exemple, la Haute Autorité rend un avis d'irrecevabilité lorsque l'autorité hiérarchique la saisit du projet de reconversion professionnelle d'un agent n'occupant pas des fonctions particulières, visées par l'article 2 du décret n° 2020-69, et qu'elle ne joint pas l'avis du référent déontologue à sa saisine.

La Haute Autorité rend un avis d'incompétence lorsqu'elle est saisie d'un cas de cumul d'activités accessoires, qui ne constitue pas un cumul pour création ou reprise d'entreprise avec demande d'exercice à temps partiel.

La Haute Autorité rend également un avis d'incompétence lorsque le responsable public quittant ses fonctions publiques n'exercera aucune activité privée lucrative au sens de la loi.

Lorsqu'un avis d'irrecevabilité est rendu, le responsable public ou l'autorité hiérarchique de l'agent public doit saisir à nouveau la Haute Autorité en ajoutant les éléments qui manquaient.

Dans le cas de l'incompétence :

- soit la saisine n'était pas nécessaire : le projet de nomination, de reconversion, de cumul, ne devait pas faire l'objet d'un examen ;
- soit l'autorité hiérarchique doit procéder elle-même à l'examen, dans la mesure où la Haute Autorité n'avait pas à être saisie, conformément aux dispositions de l'article 25 *octies* de la loi de 1983.

Enfin, la Haute Autorité ou le président en son nom peut rendre un avis constatant qu'il n'y a pas lieu à statuer soit parce que la demande n'a pas d'objet, soit parce qu'elle n'en a plus au regard de certains changements de circonstances.

Par exemple, la Haute Autorité constate qu'il n'y a pas lieu à statuer lorsqu'un conseiller ministériel est nommé à un poste équivalent à celui qu'il occupait déjà au sein du même cabinet, et que le changement d'intitulé de son poste ne correspond à aucun changement substantiel des missions qui lui sont confiées⁷⁹.

79. Délibération n° 2020-38 du 17 mars 2020.

1.2 L'avis de compatibilité

Il ne pose aucune difficulté puisqu'il s'agit d'une simple validation du projet de nomination, de cumul d'activités ou de reconversion du responsable ou de l'agent public.

L'absence d'avis de la Haute Autorité dans le délai qui lui est imparti pour se prononcer vaut avis de compatibilité.

Par ailleurs, le législateur a prévu une voie simplifiée d'adoption d'avis de compatibilité pour la Haute Autorité. Au titre du III de l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013 et du IX de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983, le président de la Haute Autorité peut rendre, au nom de celle-ci, un avis de compatibilité dans le cas où la nomination, le projet de cumul ou de reconversion, est manifestement compatible par rapport aux règles déontologiques.

1.3 L'avis de compatibilité avec réserves

Au sens de l'article 25 *octies* de la loi de 1983 autant que de l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013, « *les avis de compatibilité peuvent être assortis de réserves dont les effets peuvent s'imposer à la personne concernée pendant une période maximale expirant trois ans après la fin de l'exercice des fonctions* ».

Les réserves lient l'administration et s'imposent au responsable public ou à l'agent public concerné.

Le président de la Haute Autorité peut également rendre, au nom de celle-ci, des avis de compatibilité avec réserves.

La particularité de ces avis de comptabilité imposant le respect de certaines mesures de précaution, multiples et adaptées à chaque cas, réside dans la nécessité d'organiser le suivi de leur effectivité. La Haute Autorité s'en assure auprès des intéressés, lesquels sont tenus de répondre à ses demandes et de lui fournir toutes pièces justificatives permettant d'attester de leur respect.

1.4 L'avis d'incompatibilité

Enfin, la Haute Autorité peut rendre un avis d'incompatibilité. Dans une telle hypothèse :

- l'autorité de nomination ne peut pas procéder à la nomination de la personne concernée au poste envisagé ;
- la personne concernée ne peut pas exercer l'activité privée lucrative, au sein de l'entreprise créée ou reprise, pendant toute la durée de ses fonctions publiques dans le cadre du cumul ;
- la personne concernée ne peut pas exercer l'activité envisagée pendant une période de trois ans suivant la cessation des fonctions publiques, pour la reconversion professionnelle.

L'avis d'incompatibilité repose sur la constatation, par la Haute Autorité, qu'aucune mesure de précaution n'est de nature à neutraliser le risque pénal et/ou les risques déontologiques.

Un avis d'incompatibilité peut également être rendu lorsque la Haute Autorité n'a pas été mise en situation de réaliser son appréciation de manière éclairée et circonstanciée. Il s'agit du cas où elle estime ne pas avoir obtenu de la personne concernée les informations nécessaires pour exercer sa mission de contrôle.

2. Les suites de l'avis

2.1 La notification

La suite commune de tous les types d'avis est la notification :

- au responsable public ou à l'agent public ;
- à son autorité hiérarchique le cas échéant ;
- le cas échéant, à l'entreprise ou toute autre entité dans laquelle il souhaite exercer une activité privée lucrative.

2.2 Le suivi

La Haute Autorité organise le suivi des réserves et des avis d'incompatibilité. Ce suivi consiste en la vérification régulière, par différents moyens, que la personne respecte bien les préconisations de la Haute Autorité. Cette vérification, dans le cas des réserves, passe également par une prise de contact, aussi longtemps qu'elles sont applicables et au plus pendant trois ans, avec la personne concernée afin que celle-ci confirme et justifie qu'elle s'est bien conformée aux réserves émises.

En l'absence de réponse, la Haute Autorité peut mettre en demeure l'agent de répondre dans un délai de deux mois.

Lorsqu'elle n'a pas obtenu les informations nécessaires ou qu'elle constate que son avis n'a pas été respecté, la Haute Autorité peut informer l'autorité dont relève l'agent pour permettre la mise en œuvre de sanctions.

2.3 La publicité des avis

L'article 23 de la loi du 11 octobre 2013 et le X de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 offrent la possibilité à la Haute Autorité, « après avoir recueilli les observations de la personne concernée », de rendre l'avis public⁸⁰.

80. Article 23, IV de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013.

L'opportunité de publier les avis ou leur résumé est appréciée par la Haute Autorité au regard d'un ensemble de critères, comme l'importance de la fonction publique occupée, la nécessité d'assurer l'effectivité des réserves, l'intérêt doctrinal de l'avis rendu afin d'améliorer la compréhension des règles déontologiques.

2.4 Le pouvoir d'injonction

La Haute Autorité peut, notamment dans le cadre du contrôle des déclarations d'intérêts, enjoindre aux intéressés de faire cesser une situation de conflits d'intérêts détectée⁸¹.

81. Articles 10 et 20, 2° de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013.

Les injonctions de faire cesser une situation de conflit d'intérêts exposent les motifs de fait et de droit pour lesquels la Haute Autorité estime que la situation de conflit d'intérêts est caractérisée.

À l'issue d'un délai d'un mois à compter de la notification de cette injonction, le Président inscrit à l'ordre du jour du collège le dossier qui comprend, le cas échéant, les observations de l'intéressé.

S'il n'a pas été mis fin à la situation de conflit d'intérêts, la Haute Autorité peut décider de rendre l'injonction publique.

2.5 Les sanctions

En cas de non-respect des avis de compatibilité avec réserves ou d'incompatibilité, la loi prévoit des sanctions.

2.5.1 Dans le cadre de l'article 23 de la loi de 2013

Tous les actes et contrats conclus en violation d'un avis de la Haute Autorité :

- « cessent de produire leurs effets » lorsque la Haute Autorité a été saisie par l'ancien responsable public au préalable de son activité privée;
- tous les actes sont « nuls de plein droit » lorsque la Haute Autorité s'est elle-même saisie par l'intermédiaire de son président, à défaut de saisine préalable par le responsable public.

De manière générale, la loi du 11 octobre 2013 met à la charge des membres du Gouvernement, des personnes titulaires d'un mandat électif local et des personnes chargées d'une mission de service public l'obligation de prévenir ou faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts.

Comme indiqué plus haut, lorsqu'elle a connaissance d'un conflit d'intérêts, la Haute Autorité peut prononcer des injonctions de le faire cesser.

La loi précise que l'injonction peut être rendue publique : « lorsqu'elle [la Haute Autorité] a connaissance de l'exercice [...] d'une activité exercée en violation d'un avis d'incompatibilité ou d'une activité exercée en violation des réserves prévues par un avis de compatibilité, et après que la personne concernée a été mise en mesure de produire des explications, la Haute Autorité publie au Journal officiel un rapport spécial comprenant l'avis rendu et les observations écrites de la personne concernée »⁸².

Des limites doivent être respectées concernant la publicité d'un avis : aucune information ne doit être divulguée de nature à porter atteinte à la vie privée de la personne concernée, au secret médical, au secret en matière commerciale et industrielle ou encore l'un des secrets mentionnés au 2° de l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration⁸³.

La Haute Autorité a eu recours à cette disposition une fois depuis sa création, la délibération portant rapport spécial de la Haute Autorité ayant été publiée au *Journal officiel* du 19 décembre 2018⁸⁴.

82. Article 23, IV de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013.

83. Article L 311-5, 2° : a) Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif; b) Au secret de la défense nationale; c) À la conduite de la politique extérieure de la France; d) À la sûreté de l'État, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la sécurité des systèmes d'information des administrations; e) À la monnaie et au crédit public; f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente; g) À la recherche et à la prévention, par les services compétents, d'infractions de toute nature; h) Ou sous réserve de l'article L 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi.

84. Délibération n° 2018-178 du 21 novembre 2018 portant rapport spécial relatif à la situation de Madame Fleur Pellerin, JORF n°0293 du 19 décembre 2018 texte n° 126.

Dans la délibération n° 2016-104 du 21 juillet 2016, la Haute Autorité a examiné le projet de reconversion de Madame Fleur Pellerin, ancienne conseillère référendaire à la Cour des comptes et ministre à plusieurs reprises, qui projetait de créer une société de conseil en matière économique, financière et stratégique dont elle serait présidente-directrice générale.

La Haute Autorité a notamment indiqué qu'aucune prestation de conseil ne devrait être fournie « à des entreprises avec lesquelles les services mis à la disposition de Mme Pellerin lorsqu'elle était ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, tant au niveau de l'administration centrale que des services économiques des ambassades, ont entretenu des relations entre le 16 mai 2012 et le 2 avril 2014 ».

Le suivi de cette délibération a amené la Haute Autorité à relever que Madame Pellerin, dans le cadre de la société de conseil créée, assurait la gestion d'un fonds doté par une société sud-coréenne avec laquelle elle avait entretenu des relations lorsqu'elle exerçait la fonction de ministre de la culture et de la communication.

Après avoir mis l'intéressée en mesure de produire des observations, la Haute Autorité a considéré que Madame Pellerin avait méconnu les réserves émises dans la délibération. Un rapport spécial a donc été publié au *Journal officiel* et le dossier a été transmis au parquet.

2.5.2 Dans le cadre de la loi de 1983

Le XI de l'article 25 octies de la loi de 1983 établit les sanctions en cas de manquement aux réserves accompagnant un avis de compatibilité ou aux avis d'incompatibilité :

- le fonctionnaire peut faire l'objet de poursuites disciplinaires;
- le fonctionnaire retraité peut faire l'objet d'une retenue sur pension, dans la limite de 20% du montant de la pension versée, pendant les trois ans suivant la cessation de ses fonctions;
- l'administration ne peut procéder au recrutement de l'agent contractuel intéressé au cours des trois années suivant la date de notification de l'avis rendu par la Haute Autorité;
- il est mis fin au contrat dont est titulaire l'agent à la date de notification de l'avis rendu par la Haute Autorité, sans préavis et sans indemnité de rupture.

Le régime des sanctions peut donc conduire à la fin du contrat de travail de l'agent avec une entreprise s'il s'agit d'une activité qui le place en violation d'une réserve ou d'un avis d'incompatibilité. Il est également possible qu'un contrat de

prestation de service conclu avec une entreprise, en violation d'une réserve ou d'un avis d'incompatibilité, soit annulé.

Le suivi des avis de compatibilité avec réserves et d'incompatibilité permet à la Haute Autorité de déterminer si des sanctions doivent être envisagées. Elle peut également publier le résultat de ses contrôles et, le cas échéant, les observations écrites de l'agent concerné, dans le respect des secrets protégés par la loi.

Comme dans le cadre de la loi du 11 octobre 2013, la fin du contrat ne vaut que pour l'avenir lorsque l'avis d'incompatibilité suit une saisine de la personne intéressée – il s'agit donc d'une résiliation de plein droit. En cas d'auto-saisine, le contrat est nul de plein droit, autrement dit son annulation est rétroactive.

Cette différence de traitement selon la saisine est logique puisque, dans le premier cas, la saisine étant préalable, aucun acte ou contrat n'a a priori été conclu, tandis que, dans le second cas, l'auto-saisine pouvant intervenir plus tardivement, des actes et contrats ont déjà pu être conclus.

2.6 La transmission au parquet

Il existe une dernière suite à un avis rendu par la Haute Autorité commune à toutes les procédures. En effet, au titre de l'article 40 du code de procédure pénale, « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». Il poursuit : le « procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner ».

Ce cadre permet à la Haute Autorité de transmettre au parquet toutes informations permettant de suspecter un délit qu'elle découvre dans le cadre de ses missions.

Au-delà des infractions à la probité que la Haute Autorité peut découvrir, l'absence de respect des réserves émises au titre de l'article 23 constitue une infraction. À ce titre, « lorsqu'elle a connaissance de l'exercice [...] d'une activité exercée en violation d'un avis d'incompatibilité ou d'une activité exercée en violation des réserves prévues par un avis de compatibilité, et après que la personne concernée a été mise en mesure de produire des explications, la Haute Autorité [...] transmet au Procureur de la République le rapport spécial [...] et les pièces en sa possession relatives à cette violation de son avis ».

L'article 26 de la loi du 11 octobre 2013 dispose que le fait, pour une personne concernée, « de ne pas déférer aux injonctions de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ou de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Dans le cas où un conflit d'intérêts serait détecté par la Haute Autorité, au stade du contrôle de la déclaration d'intérêts, et dans le cas où des préconisations de mesures de précaution seraient faites, la Haute Autorité peut aussi, si elle a connaissance d'une violation de ces préconisations, transmettre le dossier au parquet.

Afin d'apprécier l'obligation de transmettre au parquet, le Conseil d'État considère que pour l'application de l'article 40 du code de procédure pénale, il appartient à une autorité administrative « d'aviser le procureur de la République des faits dont elle a connaissance dans l'exercice de ses attributions, si ces faits lui paraissent suffisamment établis et si elle estime qu'ils portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a pour mission d'assurer l'application »⁸⁵. Le juge de l'excès de pouvoir exerce alors un contrôle restreint⁸⁶ sur l'appréciation à laquelle se livre l'administration lorsqu'elle estime que les faits dont elle est saisie, ou dont elle a connaissance, ne sont pas suffisamment établis ou ne portent pas une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a pour mission d'assurer l'application.

C'est un même pouvoir d'appréciation qui est reconnu à l'administration, dans la mise en œuvre de l'article 40 du code de procédure pénale, par la Cour de cassation. Elle a en effet considéré qu'une autorité administrative indépendante, en l'espèce la Commission nationale de l'informatique et des libertés, disposait « du pouvoir d'apprécier la suite à donner aux plaintes qui lui sont adressées, quelle que soit la décision prise ensuite par les autorités judiciaires »⁸⁷.

85. CE, Section, 27 octobre 1999, *Solana*, n° 196306.

86. Contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

87. Cass., Crim., 3 février 1998, n° 96-82.665.

Fiche 8

Le conseil déontologique

Les responsables et agents publics peuvent être confrontés, tout au long de leur carrière, à des situations soulevant des difficultés d'ordre déontologique. Pour cette raison, les textes permettent à ces personnes de demander des conseils auprès de la Haute Autorité ou de leur référent déontologue.

1. La demande d'avis dans le cadre de l'article 20 de la loi du 11 octobre 2013

L'article 20 de la loi du 11 octobre 2013 confie à la Haute Autorité la mission de répondre aux demandes d'avis des personnes visées par les articles 4 et 11 de cette loi « sur les questions d'ordre déontologique qu'elles rencontrent dans l'exercice de leur mandat ou de leurs fonctions. Ces avis, ainsi que les documents sur la base desquels ils sont rendus, ne sont pas rendus publics ». En pratique, deux types de demandes d'avis se distinguent, celles qui concernent des situations individuelles et celles qui concernent des administrations.

1.1 Les saisines concernant des situations individuelles

Les responsables publics entrant dans le champ des articles 4 et 11 de la loi du 11 octobre 2013, ainsi que les députés et les sénateurs, peuvent saisir directement la Haute Autorité de toute question de nature déontologique. La saisine peut également être faite à propos de la situation d'un tiers.

Les responsables publics entrant dans le champ des articles 4 et 11 de la loi du 11 octobre 2013, ainsi que les députés et les sénateurs, peuvent saisir directement la Haute Autorité de toute question de nature déontologique. La saisine peut également être faite à propos de la situation d'un tiers.

Les avis rendus ont pour seuls destinataires les personnes qui les sollicitent. Ils peuvent être l'occasion de détecter et de prévenir des conflits d'intérêts puisque, parmi les questions posées, celle du risque de conflits d'intérêts pouvant naître de telle ou telle situation est particulièrement récurrente.

1.2 Les saisines concernant des institutions

La demande d'avis peut aussi concerner la situation d'une institution dans son ensemble. Par exemple, une administration souhaitant mettre en place une charte déontologique pour ses agents peut saisir la Haute Autorité afin que cette dernière porte une appréciation sur cette charte, donne des conseils d'amélioration ou évalue si les préconisations légales sont correctement respectées.

88. La ville de Paris a donné son accord à la Haute Autorité pour la diffusion de cet avis, lequel est publié sur son site internet.

Délibération n° 2019-8 du 23 janvier 2019 relative au projet de charte de déontologie des agents de la Ville de Paris⁸⁸

1. La maire de Paris a saisi la Haute Autorité, sur le fondement de l'article 20 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*, de la charte de déontologie élaborée pour les agents de la Ville. La Haute Autorité ayant, par une délibération du 17 juillet 2014, émis des recommandations sur le code de déontologie des conseillers de Paris, formule les observations suivantes s'agissant de la charte applicable aux agents de cette collectivité.

I. Sur le dispositif déontologique retenu :

2. La Haute Autorité approuve la démarche de la Ville de Paris visant à remanier la charte de déontologie qu'elle a élaborée en mai 2012 pour ses agents, qu'il s'agisse de fonctionnaires, de stagiaires, de vacataires ou de contractuels, tels que les collaborateurs de cabinets et de groupes politiques. Elle relève que cette démarche est cohérente avec le souhait exprimé par le législateur, à l'occasion du vote de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, tendant à ce que soient généralisées les chartes de déontologie dans l'ensemble des institutions publiques.

II. Sur la prévention des situations de conflit d'intérêts :

3. La Haute Autorité approuve pleinement le rappel par la charte des principes déontologiques applicables aux agents de la Ville de Paris, ainsi que des sanctions disciplinaires encourues en cas de manquements. Deux guides pratiques relatifs aux questions de laïcité et neutralité, à destination des encadrants et des agents, sont également joints à la charte. Les explications, accompagnées d'illustrations concrètes, assureront une pleine compréhension par les agents des obligations découlant de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

4. En particulier, la charte rappelle l'obligation, prévue à l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983, de prévenir ou faire cesser les situations de conflits d'intérêts. Si la charte relève également que certains agents sont soumis à une obligation de déclaration de leurs intérêts ou de leur situation patrimoniale, les postes visés pourront utilement être précisés par un renvoi aux décrets n° 2016-1967 et n° 20161968 du 28 décembre 2016 susvisés. La charte rappelle en outre, s'agissant de l'ensemble des agents, l'obligation de saisine du supérieur hiérarchique, conformément à l'article 25 bis précité. À cet égard, un formulaire type pourrait être annexé à la charte, facilitant la détermination par les agents des informations pertinentes à transmettre lorsqu'ils estiment se trouver dans une situation de conflit d'intérêts.

[...]

2. Les référents déontologiques au sein des administrations publiques

Depuis la loi du 20 avril 2016, les fonctionnaires et agents publics ont le « *droit de consulter un référent déontologue* ». Il en découle l'obligation, pour toutes les administrations publiques – services ministériels, collectivités territoriales, établissements publics, autorités administratives ou publiques indépendantes, etc. – de désigner un référent déontologue.

Le décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 *relatif au référent déontologue dans la fonction publique* laisse une marge de manœuvre significative aux administrations dans les modalités de désignation, la forme et l'exercice de la fonction. Il peut s'agir d'un agent qui effectue cette mission à temps plein, d'un agent qui cumule cette fonction avec une autre, d'un organe collégial. Le référent déontologue peut également être mis en commun entre plusieurs institutions. Le premier *guide* déontologique publié par la Haute Autorité présente en détail cette fonction et les modalités de désignation, dans ses fiches 7 à 11.

Sa mission est d'accompagner et de conseiller les agents et fonctionnaires qui ne relèvent pas du champ de la loi du 11 octobre 2013 dans leurs difficultés d'ordre déontologique.

Depuis le 1^{er} février 2020, le référent déontologue a également pour mission d'assister l'autorité hiérarchique qui a un doute sérieux sur la nomination d'une personne ayant travaillé dans le secteur privé dans les trois années précédentes, sur le projet de cumul d'activités d'un agent ou sur son projet de départ vers le secteur privé.

Fiche 9

Les juges et le conflit d'intérêts

Le juge administratif et le juge pénal adoptent une approche différente de la notion de conflit d'intérêts dans leur compétence respective : le premier retient une définition plus subjective du conflit d'intérêts que le second, ce qui implique de procéder à une appréciation particulièrement fine des risques déontologiques et pénaux.

1. Le juge administratif et le conflit d'intérêts

1.1 Les exigences déontologiques dans la fonction publique

La fonction publique est régie par un ensemble de principes, notamment déontologiques. Le premier statut général de la fonction publique, promulgué par la loi du 19 octobre 1946 *relative au statut général des fonctionnaires*, consacrait déjà trois grands principes qui demeurent aujourd'hui applicables : les principes d'égalité, d'indépendance et de responsabilité.

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 dispose que « *le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité. Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité. Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses. Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité* ».

Le Conseil d'État considère que l'obligation d'intégrité des fonctionnaires a un caractère « *absolu dans son principe* »⁸⁹. Il a occasionnellement mentionné d'autres obligations, telles que le fait d'exercer ses missions de manière désintéressée⁹⁰ ou avec indépendance⁹¹.

S'il emploie rarement les termes de « conflit d'intérêts »⁹², le Conseil d'État relève l'existence d'« *un contexte où les questions de déontologie, de prévention des conflits d'intérêts et de moralisation de la vie publique sont des préoccupations particulièrement fortes des citoyens et des pouvoirs publics* »⁹³.

⁸⁹. CE, 28 juin 1999, *Ministre de l'intérieur c. Stasiak*, n° 178530.

⁹⁰. CE, 29 décembre 2006, *Syndicat national des personnels administratifs de l'ONF FO et autres*, n° 289818.

⁹¹. CE, 19 mars 1997, *Cannard*, n° 133338.

⁹². Voir néanmoins, pour une décision récente : CE, 18 décembre 2019, n° 432590.

⁹³. CE, Assemblée, 14 décembre 2018, n° 419443.

1.2 L'exigence transversale d'impartialité dans l'exercice des responsabilités publiques

1.2.1 Le conflit d'intérêts en droit de la commande publique

Le droit de la commande publique et des délégations de service public a constitué un terrain fertile pour la lutte contre le conflit d'intérêts. Le délit d'octroi d'avantage injustifié (également appelé délit de favoritisme), sanctionné par l'article 432-14 du code pénal, vise précisément le fait, « par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

94. CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, n° 355756.

95. CE, Avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*, n° 246921.

96. CE, 14 octobre 2015, *Société Applicam*, n° 390968.

97. CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827.

En effet, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public est régie, en vertu de l'article L. 3 du code de la commande publique, par des principes de liberté d'accès⁹⁴, de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats⁹⁵, ce qui implique également l'impartialité du pouvoir adjudicateur⁹⁶. Ces principes sont qualifiés de principes généraux du droit de la commande publique⁹⁷.

Outre la sanction de nature pénale, le juge administratif peut, en cas de méconnaissance de ces principes du fait d'une situation de conflit d'intérêts, procéder à l'annulation de l'acte administratif, de la procédure de passation ou du contrat litigieux.

Dans la décision Société Applicam, le Conseil d'État a affirmé qu'« au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence »⁹⁸.

En l'espèce, la région Nord-Pas-de-Calais avait lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché à bons de commandes qui avait été attribué, à l'issue de la procédure, à la Société Applicam. Lors de cette procédure, M. A, un ancien responsable de la Société Applicam, avait été chargé par la région d'une mission d'assistance à la maîtrise

98. CE, *Société Applicam*, précité.

d'ouvrage pour ce marché et avait été associé à l'analyse des offres des candidats. Le Conseil d'État a estimé que, dans ces circonstances, M. A. « a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse ». Or, « M. A... a exercé des responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité puis de directeur des opérations et des projets, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse ». Bien qu'aucun intérêt ne soit plus détenu par M. A. au moment des faits, « le caractère encore très récent de [sa] collaboration [avec la société Applicam] à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais ».

Finalement, aux termes de cette jurisprudence, la situation de conflit d'intérêts, résultant de la détention d'un intérêt passé au sein de la société privée attributaire du marché par une des personnes exerçant le pouvoir adjudicateur, est de nature à créer une interférence avec l'exercice impartial de cette responsabilité publique.

Deux conditions cumulatives permettent de reconnaître une situation de conflit d'intérêts susceptible d'entacher la régularité de la procédure d'attribution d'un contrat : (i) il faut que la personne qui a participé à la procédure ait eu à son issue un intérêt pouvant être perçu comme compromettant son impartialité; (ii) elle doit avoir été en mesure d'influencer le sens de la décision.

La notion de conflit d'intérêts implique un régime de preuve particulier, dans la mesure où ni l'intérêt du responsable ni son influence ne peuvent le plus souvent être établis avec certitude. En matière de commande publique, il est seulement possible de relever des éléments tenant, d'une part, aux liens de la personne en cause avec l'un des candidats et, d'autre part, à son implication dans la procédure. La conjonction de ces éléments fait apparaître un risque suffisamment sérieux que les candidats n'aient pas été traités sur un pied d'égalité. « L'irrégularité de la procédure n'est donc pas subordonnée à la preuve de ce qu'un candidat a été avantagé ou désavantagé, mais de ce que la participation d'une personne ayant un intérêt particulier à l'issue de la procédure avec la possibilité de l'influencer permette légitimement de penser qu'il en a peut-être été ainsi »⁹⁹.

99. Conclusions G. Pélissier sur la décision *Société Applicam* précitée.

La caractérisation du conflit d'intérêts implique une analyse concrète de la situation au moyen de critères objectifs tirés de la nature, de l'intensité, de la date et de la durée des relations, directes ou indirectes, que la personne en cause a entretenues avec l'une des parties¹⁰⁰.

100. Voir, pour un exemple : CE, 19 avril 2013, *CH d'Alès-Cévennes*, n° 360598.

101. CE, 11 février 2011, *Société Aquatrium*, n° 319828, à propos des experts de l'Agence française de sécurité sanitaire; CE, 3 mai 2007, *Société Europe finance et industrie*, n° 288538; CE, 26 juillet 2007, *Société Global Equities*, n° 293624, à propos de membres de la commission des sanctions ayant des intérêts dans des entreprises concurrentes.

102. CE, 3 novembre 1997, *Préfet de la Marne*, n° 148150, concernant la présence au sein de la commission d'appel d'offres de la filiale d'un candidat.

À titre d'illustration, les liens actuels, financiers, économiques ou personnels, créent logiquement une situation de conflit d'intérêts s'ils sont d'une intensité suffisante : tel est le cas s'agissant de liens professionnels¹⁰¹ ou familiaux¹⁰².

En ce qui concerne l'influence exercée par la personne en cause, de nature à faire douter de l'impartialité de la procédure et à caractériser un conflit d'intérêts, une analyse au cas par cas doit également être menée, au regard du moment et de la nature de l'influence (rédaction de documents, rapport devant l'organisme collégial, vote, etc.).

Dans la décision Commune de Saint-Maur-des-Fossés, le Conseil d'État a jugé que l'existence d'un lien de parenté et d'un lien d'intérêt financier entre une conseillère municipale et une société candidate à l'attribution d'un marché n'était pas nécessairement de nature à entacher la procédure d'attribution d'illégalité.

En l'espèce, une conseillère municipale déléguée à l'urbanisme, qui avait un lien de parenté avec le président d'une des sociétés candidates pour l'attribution d'un marché et qui était actionnaire de cette société, avait participé à la délibération du conseil municipal autorisant le lancement de la procédure de passation du marché. Le Conseil d'État a estimé que ces circonstances n'étaient pas susceptibles de faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur, dès lors qu'au stade de cette délibération « *la procédure n'avait pas encore été organisée et les soumissionnaires n'étaient pas connus* », que la conseillère « *n'avait pas siégé à la commission d'appel d'offres et n'avait pris aucune part dans le choix de l'entreprise attributaire* ». En conséquence le conflit d'intérêts pouvait être écarté et il n'y avait pas lieu d'éliminer, par principe, l'offre de la société en question¹⁰³.

Dans le même sens, le Conseil d'État a jugé le 18 décembre 2019¹⁰⁴ que « *le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce qu'un acheteur public attribue un contrat de délégation de service public à une société d'économie mixte locale dont il est actionnaire, sous réserve que la procédure garantisse l'égalité de traitement entre les candidats et que soit prévenu tout risque de conflit d'intérêts* ».

103. CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur des Fossés*, n° 355756.

104. CE, 18 décembre 2019, n° 432590.

Le Conseil d'État a relevé que, dès lors que les membres de l'organisme public n'ont pas participé au débat et au vote sur l'attribution de la délégation de service public, le fait qu'ils soient par ailleurs administrateurs de la société d'économie mixte attributaire « *n'a, en l'espèce, pas conduit à une situation de conflit d'intérêts* ».

En définitive, pour reprendre les termes du rapporteur public sur la décision *Applicam*, « *le doute légitime sur l'impartialité résult[e] de l'évaluation conjointe de la force de l'intérêt et du degré d'influence que la personne a été susceptible d'exercer, compte tenu de ses fonctions et de sa participation dans le processus de décision* »¹⁰⁵.

Dans la décision SAGEM du 15 mars 2019, le Conseil d'État a rappelé que la collectivité territoriale doit se montrer vigilante sur les liens d'intérêts existants durant toute la procédure d'attribution d'une concession d'aménagement aux fins de respecter les règles de publicité, de mise en concurrence et d'égalité entre les concurrents.

En l'espèce, la Commune de Saint-Tropez avait conclu une convention, à l'issue d'une procédure d'attribution de concession d'aménagement, avec la société Kaufman et Broad Provence. Or, de forts liens d'intérêts existaient entre cette filiale et le cabinet d'architecture et maître d'œuvre de la commune de Saint-Tropez, notamment durant la phase de l'instruction des dossiers et de négociation des offres. Pour le Conseil d'État, la participation de ce cabinet d'architecture dans la procédure « *était de nature, dans les circonstances de l'espèce, à procurer à la société Kaufman et Broad Provence des informations susceptibles de l'avantager* »¹⁰⁶. La commune ne pouvait ignorer ce lien d'intérêt qui caractérisait une violation du principe d'égalité entre les candidats. Par suite, il existe « *une volonté de la personne publique de favoriser un candidat* » qui affecte la légalité du choix du concessionnaire. Cela implique que soit prononcée l'annulation de la concession d'aménagement.

Le raisonnement du Conseil d'État sur le principe d'impartialité et le conflit d'intérêts en matière de commande publique peut, d'une façon générale, être transposé à tous les pans de l'action de l'administration.

105. Conclusions G. Pélissier sur la décision *Société Applicam* précitée.

106. CE, 15 mars 2019, *SAGEM*, n° 413584.

1.2.2 Le cas particulier du « conseiller intéressé à l'affaire »

L'article L. 2131 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose que «*sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires*».

L'article L. 1524-5, alinéa 11, du même code précise : «*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*».

Par l'effet de l'article L. 5211-3 CGCT, ces dispositions visent particulièrement des situations de conflits d'intérêts au niveau des communes et des établissements publics de coopération. Leur diagnostic entraîne l'annulation des actes pris par leurs autorités exécutives. La loi ne prévoit pas de dispositions similaires pour les départements et les régions, mais les règles en matière de prévention des conflits d'intérêts permettent d'étendre le principe du « conseiller intéressé » à l'ensemble des collectivités publiques.

Dans la décision Kerwer, le Conseil d'État a apporté des précisions sur les conditions pour que l'illégalité de la délibération soit constatée et sur la notion d'élu « intéressé à l'affaire ».

Le Conseil d'État estime que le conseiller municipal intéressé à l'affaire est celui qui a «*un intérêt qui ne se confond pas avec ceux de la généralité des habitants de la commune*»¹⁰⁷, et que sa seule participation aux travaux préparatoires et aux débats précédant l'adoption d'une délibération est susceptible de vicier sa légalité, même dans l'hypothèse où le conseiller municipal ne participait pas au vote de la délibération. Il suffit que «*le conseiller municipal intéressé [ait] été en mesure d'exercer une influence sur la délibération*» et «*que, du fait de l'influence que ce conseiller a exercée, la délibération pren[ne] en compte son intérêt personnel*».

Il faut donc réunir deux conditions pour procéder à l'annulation de la délibération en cas de conflit d'intérêts : (i) l'élu intéressé à l'affaire doit avoir un intérêt distinct de celui de la généralité

des habitants de la collectivité territoriale ; (ii) sa participation aux travaux préparatoires et aux débats relatifs à la délibération litigieuse doit être de nature à exercer une influence sur son adoption. Le juge administratif prend en considération l'ensemble des circonstances pour apprécier l'influence du conseiller : les modalités de l'instruction, le choix du rapporteur, l'écart des voix exprimées en faveur ou en défaveur de l'adoption de la délibération.

À titre d'illustration, un conseiller municipal dont l'épouse occupe dans la commune un emploi d'agent de service à temps partiel doit être regardé comme personnellement intéressé à la délibération par laquelle il a été décidé de transformer cet emploi à temps partiel en emploi à temps complet¹⁰⁸. Inversement, le fait qu'un élu ait quitté la salle au moment du vote, sans participation aux réunions préparatoires de la décision, peut suffire à écarter l'illégalité de la délibération¹⁰⁹.

Le Conseil d'État a jugé récemment¹¹⁰, au visa de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013, qu'un maire qui estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts doit prendre un arrêté mentionnant la teneur des questions pour lesquelles il estime ne pas devoir exercer ses compétences et désigner, dans les conditions prévues par la loi, la personne chargée de le suppléer.

Il précise aussi que lorsque les intérêts du maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune dans un litige donné ou pour la signature ou l'exécution d'un contrat, seul le conseil municipal est compétent pour désigner un autre de ses membres soit pour représenter la commune en justice, soit pour signer le contrat ou intervenir dans son exécution¹¹¹.

Mais, lorsque ses intérêts ne sont pas en opposition avec ceux de la commune, le maire peut désigner lui-même la personne habilitée à la représenter en justice.

1.3 Le juge administratif et le délit de prise illégale d'intérêts

Dans sa décision d'Assemblée *Société Lambda*, le Conseil d'État avait fait référence à l'article 432-13 du code pénal aux fins de constater l'illégalité pour excès de pouvoir d'un décret portant nomination à un poste. Selon le juge administratif, les dispositions du code pénal «*font également obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire dans un poste où, quelle que soit la position statutaire qu'il serait amené à occuper, il contreviendrait à ces dispositions*»¹¹².

107. CE, 12 octobre 2016, M. Kerwer, n° 387308.

108. CE, 23 février 1990, n° 78130.

109. CE, 30 décembre 2002, n° 229099.

110. CE, 30 janvier 2020, Commune de Paita, n° 421952.

111. Conformément aux dispositions de l'article L. 2122-26 CGCT.

112. CE, Ass., 6 décembre 1996, Société Lambda, n° 167502.

Le juge administratif se fonde également sur l'article 432-12 du code pénal pour annuler des décisions de recrutement prises en situation de conflits d'intérêts par un maire ou l'un de ses adjoints : « *le fait pour un élu chargé d'assurer la surveillance ou l'administration de l'exécution du budget de la commune de recruter ou de faire recruter un de ses enfants sur un emploi de la commune est susceptible d'exposer cet élu à l'application des dispositions de l'article 432-12 du code pénal* »¹¹³.

113. CE, 27 juillet 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. Commune de Hitia'a O Te Ra*, n° 263714.

Dans la mesure où il n'est pas le juge de l'incrimination pénale, le Conseil d'État est exigeant quant aux éléments de fait susceptibles de caractériser une éventuelle prise illégale d'intérêts.

Le Conseil d'État a considéré, dans le cadre d'une demande d'autorisation d'exercer une action en justice par un contribuable, que l'action pénale envisagée par ce dernier apparaissait dépourvue de chance de succès.

Le demandeur soutenait que le maire de la commune avait bénéficié de travaux de réalisation d'un collecteur d'assainissement décidés par la communauté de communes au sein de laquelle le maire siégeait comme conseiller communautaire.

Toutefois, étant donné (i) que la décision d'attribution du marché a été prise par le seul président de la communauté de communes, sur le fondement de la délibération générale adoptée en début de mandature par le conseil communautaire autorisant le maire à passer les marchés inférieurs à un certain seuil, et (ii) qu'aucun élément permettant d'étayer l'existence d'une éventuelle délibération relative à l'engagement de la dépense litigieuse n'a été apporté par le demandeur, « *il n'appara[issait] pas que le maire de la commune et conseiller communautaire sans fonction exécutive à la date de la décision d'engager les travaux litigieux, ait exercé la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement de cette opération* » au sens des dispositions de l'article 432-12 du code pénal¹¹⁴.

114. CE, 9 novembre 2018, n° 421082.

D'une façon plus générale, le Conseil d'État a jugé, s'agissant du contrôle de la Haute Autorité, que pour apprécier le risque de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-13 du code pénal (délit de « *pantouflage* »), « *il appartient à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, non d'examiner si les éléments constitutifs de ces infractions sont effectivement réunis, mais d'apprécier le risque qu'ils puissent l'être et de se prononcer de telle sorte qu'il soit évité à l'intéressé comme à l'administration d'être mis en cause* ». Il s'agit en quelque sorte d'un contrôle pénal restreint, destiné à protéger l'administration et l'agent public concerné¹¹⁵.

115. CE, 4 novembre 2020, n° 440963.

2. Le juge pénal et le délit de prise illégale d'intérêts

Le conflit d'intérêts ne constitue pas, en tant que tel, une infraction pénale. En revanche, cette situation peut être incriminée, de manière indirecte, au titre du délit de prise illégale d'intérêts, l'article 432-12 du code pénal visant l'infraction commise pendant l'exercice des fonctions et l'article 412-13 celle commise après la fin des fonctions.

2.1 La prise illégale d'intérêts pendant les fonctions

L'article 432-12 du code pénal prévoit que « 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 d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ».

2.1.1 Le champ d'application personnel

Sont concernées les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public, et les personnes investies d'un mandat électif public. Le champ d'application personnel est donc très large.

Les personnes dépositaires de l'autorité publique sont celles qui détiennent un pouvoir de décision et de contrainte qui leur a été confié en raison de leurs fonctions. Il s'agit, par exemple, des préfets, des magistrats, des militaires, mais aussi des maires ou des adjoints au maire.

Les personnes chargées d'une mission de service public représentent sans doute la catégorie la plus large. Il s'agit d'individus « *qui accomplissent, à titre temporaire ou permanent, volontairement ou sur réquisition des autorités, un service public quelconque : il importe peu que les intéressés soient des personnes privées (collaborateurs bénévoles d'un service public) ou publiques (fonctionnaires ou contractuels qui n'exercent pas des fonctions d'autorité)* »¹¹⁶.

116. F. Colbombet, *Rapport*, t. 1, Exposé général - Examen des articles, doc. AN 1991 n° 2244, p 150.

La Cour de cassation a précisé que « *doit être regardée comme chargée d'une mission de service public, au sens de l'article 432-12 du code pénal, toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général peu importe qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique* »¹¹⁷.

117. Crim., 30 janvier 2013, n° 11-89.224.

Dans cette catégorie, on trouve aussi bien des agents publics, titulaires ou contractuels, que des collaborateurs occasionnels du service public. Seul compte le lien avec la mission de service public, et non le statut juridique.

Enfin, les personnes investies d'un mandat électif public sont celles qui sont élues pour un mandat local, national ou international, comme les députés (européens ou nationaux), les conseillers régionaux et les membres de l'assemblée territoriale d'une collectivité d'outre-mer.

2.1.2 L'élément matériel du délit

Est puni le fait « *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* ».

L'infraction de prise illégale d'intérêts cherche avant tout à sanctionner la prise de décision par un responsable public en situation de conflit d'intérêts. Les situations pouvant entrer dans le champ de l'article 432-12 se révèlent nombreuses, eu égard à la notion centrale « *d'intérêt quelconque* » qui peut faire l'objet d'une interprétation extensive de la part du juge pénal.

Si les liens patrimoniaux, c'est-à-dire un gain ou un avantage personnel, permettent de caractériser aisément l'infraction, des liens moraux, tels que les liens familiaux ou d'affection, sont également suffisants.

De nombreuses décisions judiciaires sanctionnent des faits en rapport avec l'existence de liens familiaux. Ainsi, bénéficiaire d'un intérêt quelconque :

- le président de chambre de commerce et d'industrie qui accorde une sous-concession du domaine public, dont il a l'administration ou la surveillance, à une société dans laquelle il est intéressé par l'intermédiaire de son gendre¹¹⁸ ;

118. Crim., 5 novembre 2008, n° 08-82.399.

- le maire qui signe ou fait signer par le premier adjoint, en faveur de son gendre, architecte, des actes d'engagement portant sur des travaux de construction de bâtiments communaux¹¹⁹ ;
- le maire intervenu, en qualité de président de la commission d'appel d'offres et de membre du bureau d'un district urbain, dans l'attribution de plusieurs marchés de travaux publics à des sociétés gérées par ses enfants¹²⁰ ;
- le maire qui participe à un vote au sein des commissions ayant attribué des marchés à l'entreprise gérée par son fils¹²¹ ;
- le mandataire liquidateur qui confie le recouvrement des créances à une société gérée de fait par une personne avec laquelle il entretient une liaison¹²² ;
- le maire qui attribue un marché de maîtrise d'œuvre à son beau-frère¹²³ ;
- le maire qui signe des arrêtés de nomination de sa fille et de l'un de ses fils en qualité d'agents municipaux, qui attribue à une société, dont l'un de ses fils est associé majoritaire, divers marchés publics d'entretien et de rénovation de bâtiments communaux et qui conclut un contrat d'édition, au nom de la commune, avec une association ayant pour président le concubin de sa fille¹²⁴ ;
- le maire qui nomme sa sœur en qualité de directrice générale des services de la mairie¹²⁵.

119. Crim., 29 septembre 1999, n° 98-81.796.

120. Crim., 21 juin 2000, n° 99-86.871.

121. Crim., 3 mai 2001, n° 00-82.880.

122. Crim., 7 avril 2004, n° 03-82.062.

123. Crim., 29 juin 2005, n° 04-87.294.

124. Crim., 8 mars 2006, n° 05-85.276.

125. Crim., 4 mars 2020, n° 19-83.390.

La Cour de cassation est allée plus loin en considérant que des élus municipaux qui avaient participé « *aux votes ou aux délibérations concernant les subventions allouées par la commune à leurs différentes associations* » s'étaient rendus coupables de prise illégale d'intérêts, alors même qu'ils n'avaient retiré de l'opération aucun « *bénéfice quelconque* » et que la collectivité n'avait souffert d'aucun préjudice. La Cour de cassation estime en effet que « *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* »¹²⁶.

126. Crim., 22 octobre 2008, n° 08-82.068.

La nécessité de prendre un intérêt qui soit distinct ou contradictoire avec l'intérêt général n'apparaît donc pas comme une condition à la caractérisation du délit¹²⁷. L'intérêt quelconque peut ainsi être exclusif de toute rémunération¹²⁸ ; il peut aussi être pris indirectement par l'intermédiaire d'autres personnes¹²⁹. L'élément déterminant est la neutralité ou, en l'occurrence, l'absence de neutralité, de la prise de décision du fait du conflit d'intérêts.

127. Crim., 19 mars 2008, n° 07-84.288.

128. Crim., 25 juin 1996, n° 95-80.592.

129. Crim., 5 novembre 1998, n° 97-80.419.

La Cour de cassation considère que la relation d'amitié peut suffire à caractériser une situation de conflit d'intérêts de nature à entraîner une prise illégale d'intérêts.

Un maire qui avait participé à toutes les étapes de la décision de retenir une société comme cessionnaire d'un terrain de la commune a été condamné pour prise illégale d'intérêts, la Cour de cassation estimant qu'il avait « pris un intérêt en cédant le terrain communal, conscient de sa relation avec le gérant de la société cessionnaire, un ami de longue date qui avait été, pendant plusieurs années, un partenaire de golf »¹³⁰.

130. Crim., 5 avril 2018, n° 17-81.912.

131. Crim., 13 janvier 2016, n° 14-88.382.

Dans le même sens, un arrêt de cour d'appel faisait état d'une « situation potentielle de conflit d'intérêts »¹³¹. En l'espèce, un collaborateur de cabinet avait participé à l'attribution d'un marché public en rédigeant le rapport d'analyse des offres destiné à la commission d'appel d'offres. La cour d'appel retenait qu'au regard « de la relation amicale et professionnelle de longue date avec le gérant d'une des sociétés en compétition, il s'est ainsi trouvé en situation potentielle de conflit d'intérêts, ses relations à titre privé avec un des candidats étant susceptibles d'interférer avec l'intérêt public dont il avait la charge et de faire naître un doute sur l'impartialité et l'objectivité de son rapport d'analyse des offres ». Dans une décision de 2006, la Cour de cassation a confirmé cette décision : « Attendu que, pour dire M. X... coupable de prise illégale d'intérêts, l'arrêt relève qu'en sa qualité de collaborateur du cabinet du maire de la commune, il a participé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux à la société Creaconception en rédigeant un rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la commission d'appel d'offres et qu'il entretient une relation amicale et professionnelle de longue date avec le gérant de cette société; Attendu qu'en l'état de ces seules énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ».

132. Crim., 11 octobre 2006, n° 06-83.434.

133. Crim., 29 juin 2011, n° 10-87.498 : le fait, pour un maire, d'ordonner à l'entreprise attributaire d'un marché de travaux de réaliser des travaux non compris dans le marché initial, à la demande d'un élu municipal, afin de favoriser ce dernier, permettait de caractériser le délit de prise illégale d'intérêts.

Il en va de même pour un président de tribunal de grande instance qui a pris des intérêts moral et matériel dans les missions confiées à deux mandataires judiciaires, en raison de leurs relations amicales et du transfert à l'un d'entre eux d'une partie de ses attributions juridictionnelles¹³².

La Cour de cassation a également retenu la qualification de prise illégale d'intérêts pour un lien de nature politique suffisant, tel que favoriser un autre élu municipal¹³³.

2.1.3 La surveillance ou l'administration d'une opération

La notion de surveillance ou d'administration d'une opération fait l'objet d'une interprétation extensive par le juge pénal. Elle vise le pouvoir de décision, en tant que tel, dont dispose la personne dans le cadre de ses compétences propres ou déléguées.

Toutefois, pour certaines fonctions, telles que les fonctions exécutives locales, le pouvoir de surveillance et d'administration des intéressés est présumé s'étendre à toutes les affaires de la collectivité qu'ils dirigent¹³⁴. Le fait de ne pas prendre part au vote, et même de quitter la salle au moment du vote¹³⁵, ne suffit pas à écarter la prise illégale d'intérêts s'ils ont participé à la discussion préalable au vote¹³⁶.

Enfin, la Cour de cassation considère que la délégation de signature donnée à un tiers ne prémunit pas du délit¹³⁷.

La surveillance ou l'administration d'une entreprise ou d'une opération peut se réduire « au simple pouvoir d'émettre un avis en vue de décisions prises par d'autres »¹³⁸.

La Cour de cassation s'est prononcée dans le cadre de l'attribution de la réserve parlementaire attribuée sous forme de subventions à des associations par les députés ou les sénateurs. Elle considère qu'un parlementaire qui prépare le dossier de demande de subvention et propose d'en verser le montant au rapporteur du budget à l'Assemblée nationale peut être poursuivi pour prise illégale d'intérêts, s'il a un intérêt dans l'association bénéficiaire (en l'occurrence, le parlementaire était président de l'association en cause). En effet, « l'article 432-12 du code pénal n'exige pas, pour que le délit de prise illégale d'intérêts soit constitué, que le prévenu ait disposé d'un pouvoir juridique quelconque sur l'opération dont il a la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

En conclusion, le délit de prise illégale d'intérêts « se consomme par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel »¹³⁹. Cette jurisprudence, jugée extensive¹⁴⁰ par les uns, sévère par les autres¹⁴¹, est en tout cas différente de l'approche retenue par le juge administratif, lorsqu'il a à se prononcer sur des situations analogues.

134. Voir, pour différents exemples : Crim., 23 février 2001, n° 10-82.880; Crim., 9 février 2005, n° 03-85.697; Crim., 9 janvier 2008, n° 07-83.524.

135. Crim., 14 novembre 2007, n° 07-80.220.

136. Crim., 22 février 2017, n° 16-82.039.

137. Crim., 9 février 2005, n° 03-85.697.

138. Crim. 27 juin 2018, n° 17-84.804.

139. Crim., 21 juin 2000, n° 99-86.871.

140. J. Lasserre Capdeville, « La prise illégale d'intérêts : un délit au champ d'application élargi par la jurisprudence », *AJCT* 2011, p. 344.

141. S. Penaud, « Prise illégale d'intérêts et collectivités territoriales : les effets pervers d'une sévérité jurisprudentielle accrue », *AJCT* 2019, p. 224.

2.2 La prise illégale d'intérêts suivant la fin des fonctions

2.2.1 Les personnes concernées

Bien qu'il ait été progressivement élargi, le champ d'application de l'article 432-13 du code pénal, s'agissant des personnes concernées, demeure plus restreint que celui de l'article 432-12. Il dispose : « est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que :



- membre du Gouvernement,
- titulaire d'une fonction exécutive locale,
- fonctionnaire ou agent d'une administration publique,

dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées,

- soit d'assurer la **surveillance ou le contrôle** d'une entreprise privée,
- soit de **conclure des contrats de toute nature** avec une entreprise privée ou de **formuler un avis** sur de tels contrats,
- soit de **proposer directement** à l'autorité compétente des **décisions relatives à des opérations** réalisées par une entreprise privée ou de **formuler un avis** sur de telles décisions,

de **prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux** dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un **délai de trois ans** suivant la cessation de ces fonctions».

L'article du code pénal précise que « ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital ».

À cette condition s'ajoute celle que la personne doit, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées :

- avoir assuré la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée ;
- ou avoir conclu des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou formulé un avis sur de tels contrats ;
- ou avoir proposé directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou formulé un avis sur de telles décisions.

Enfin, cette personne doit prendre ou recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

2.2.2 Les faits caractérisant le délit

L'article 432-13 précise qu'« est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles de droit privé ». L'entreprise privée peut aussi être une entreprise qui « possède au moins 30% de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec une entreprise entrant dans la définition précédente ».

Tout d'abord, deux limites cumulatives sont légalement prévues : (i) le délit n'est pas caractérisé par « la seule participation au capital de société cotée en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale »¹⁴²; (ii) depuis la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, il faut que les fonctions aient été « effectivement exercées ».

Pour caractériser le délit, il faut rechercher la nature des fonctions effectivement exercées par l'intéressé, étant précisé que l'article 432-13 du code pénal n'exige pas que l'intervention du fonctionnaire s'inscrive dans le processus formalisé des décisions administratives¹⁴³.

La Cour de cassation a précisé le contenu de la notion juridique de « prise de participation par travail » :

- les activités permanentes sont visées :
Par exemple, l'ancien président de la Commission d'autorisation de mise sur le marché de médicaments, qui avait donné son avis sur des demandes d'autorisation d'une société de l'industrie pharmaceutique et qui devient, avant l'expiration du délai de trois ans, consultant de cette société¹⁴⁴.

- les participations ponctuelles peuvent également être visées :
La participation peut n'être que ponctuelle. Par exemple, l'organisation à titre payant d'un séminaire de quelques jours pour le compte d'entreprises privées, parmi lesquelles des entreprises contrôlées dans le cadre des fonctions publiques passées, peut caractériser le délit de prise illégale d'intérêts¹⁴⁵.

142. Alinéa 5 de l'article 432-13 du code pénal.

143. Crim., 27 juin 2012, n° 11-86.920.

144. Crim., 16 décembre 2014, n° 14-82.815, « Affaire du Mediator ».

145. Crim., 18 juillet 1984, n° 83-92.856.

Le délit peut être caractérisé quel que soit le type d'entreprise privée concerné. Ainsi, un intérêt pris dans une société d'économie mixte après l'exercice des fonctions peut constituer l'élément matériel du délit.

La Cour de cassation a rejeté le recours contre la condamnation d'un agent public pour prise illégale d'intérêts à 10 000 euros d'amende et trois ans d'interdiction d'exercer une activité professionnelle au sein de la société d'économie mixte concernée¹⁴⁶.

L'auteur du délit était le chef du service aménagement et développement durable d'une préfecture. À ce titre, il avait la charge du contrôle de la légalité des projets des actes d'urbanisme de la collectivité de Saint-Martin, dont la SEM *Semsamar* était le mandataire et l'interlocutrice habituelle de la préfecture. Il émettait aussi un avis sur les demandes de subventions accompagnant les projets poursuivis par la SEM.

L'agent a ensuite sollicité sa mise en disponibilité et a immédiatement été recruté par la SEM.

La Cour confirme que le délit de prise illégale d'intérêts est établi, en ajoutant qu'« *il n'importe pas, pour la caractérisation du délit, qu'il s'agisse d'une société d'économie mixte* ».

Sur l'élément intentionnel du délit, le juge pénal n'exige pas que soient apportées les preuves qu'un avantage ait été tiré du délit, ou qu'un préjudice quelconque ait été causé à l'ancienne administration, ou que le fonctionnaire ou agent ait agi dans un but de fraude. Il suffit que l'auteur ait agi en connaissance de cause, comme dans le cadre de l'article 432-12.

Ce type de prise illégale d'intérêts, lorsqu'il est établi que l'auteur a agi en connaissance de cause, repose fréquemment sur une dissimulation du délit. Dans ce cas, la Cour de cassation juge que la dissimulation permet de suspendre le délai de prescription de l'action pénale : « *si le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du jour où la participation a pris fin, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, qu'à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* »¹⁴⁷.

146. Crim., 22 octobre 2014, n° 13-86.783.

147. Crim. 12 juillet 2016, n° 15-84.664.

Annexe

Les responsables publics concernés par les obligations déclaratives au titre de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013

Tableau récapitulatif des responsables publics soumis au contrôle de la Haute Autorité au titre de leurs obligations déclaratives (patrimoine / intérêts / instruments financiers)

NB : ce tableau exhaustif récapitule les obligations déclaratives auxquelles sont soumis les responsables publics relevant du champ de compétence de la Haute Autorité. Il n'inclut pas les obligations et contrôles relevant d'autres autorités.

	Déclarations d'intérêts		Déclarations de situation patrimoniale		Contrôle de la gestion sans droit de regard des instruments financiers
	Contrôle	Publication	Contrôle	Publication	
Membres du Gouvernement	✓	hatvp.fr	✓	hatvp.fr	✓
Députés et sénateurs	✓	hatvp.fr	✓	En préfecture	✗
Membres de l'organe chargé de la déontologie parlementaire dans chaque assemblée	✓	✗	✓	✗	✗
Les représentants français au Parlement européen	✓	hatvp.fr	✓	En préfecture à compter du renouvellement du Parlement européen en 2019	✗
Les membres du Conseil supérieur de la magistrature (CSM)		✗	✓	✗	✗
Les membres des cabinets ministériels, les collaborateurs du Président de la République, du Président de l'Assemblée nationale et du Président du Sénat	✓	✗	✓	✗	✗
Les membres du collège de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique	✓	hatvp.fr	✓	hatvp.fr	✗
Les membres des collèges et, le cas échéant, les membres des commissions investies de pouvoirs de sanction, ainsi que les directeurs généraux et secrétaires généraux et leurs adjoints, des autorités administratives et publiques indépendantes et des organismes listés à l'article 11 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013	✓	✗	✓	✗	✓ Uniquement pour les présidents et membres des AAI ou API intervenant dans le domaine économique listées dans le décret n°2014-747 du 1 ^{er} juillet 2014
Les personnes occupant un emploi à la décision du Gouvernement pour lequel elles ont été désignées en conseil des ministres	✓	✗	✓	✗	✓ Uniquement pour les fonctionnaires ou agents occupant certains emplois civils listés dans le décret n°2017-547 du 13 avril 2017

	Déclarations d'intérêts		Déclarations de situation patrimoniale		Contrôle de la gestion sans droit de regard des instruments financiers
	Contrôle	Publication	Contrôle	Publication	
Les présidents de conseil régional et les conseillers régionaux titulaires d'une délégation de signature ou de fonction	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinets des présidents de conseil régional	✓	✗	✓	✗	✗
Les présidents de conseil départemental et les conseillers départementaux titulaires d'une délégation de signature ou de fonction	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinets des présidents de conseil départemental	✓	✗	✓	✗	✗
Les maires de communes de plus de 20 000 habitants et les adjoints aux maires de communes de plus de 100 000 habitants titulaires d'une délégation de signature ou de fonction	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinets des maires des communes de plus de 20 000 habitants	✓	✗	✓	✗	✗
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, les présidents d'EPCI sans fiscalité propre dont le montant des recettes de fonctionnement dépasse cinq millions d'euros 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	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des 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 et des présidents d'EPCI sans fiscalité propre dont le montant des recettes de fonctionnement dépasse cinq millions d'euros	✓	✗	✓	✗	✗
Les présidents de l'assemblée et du conseil exécutif de Corse et les conseillers exécutifs titulaires d'une délégation de signature ou de fonction	✓	✗	✓	✗	✗

	Déclarations d'intérêts		Déclarations de situation patrimoniale		Contrôle de la gestion sans droit de regard des instruments financiers
	Contrôle	Publication	Contrôle	Publication	
Les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinets des présidents de l'assemblée et du conseil exécutif de Corse	✓	✗	✓	✗	✗
Le président de la métropole de Lyon et les conseillers titulaires d'une délégation de signature ou de fonction	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Le directeur, le directeur adjoint et le chef de cabinet du président de la métropole de Lyon	✓	✗	✓	✗	✗
Le président de l'assemblée territoriale de Wallis-et-Futuna	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Le directeur, le directeur adjoint et le chef de cabinet de l'assemblée territoriale de Wallis-et-Futuna	✓	✗	✓	✗	✗
Le président et les membres du Congrès, le président et les membres du Gouvernement, les présidents et les vice-présidents des assemblées de province en Nouvelle-Calédonie	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Le président et les membres du Gouvernement, le président et les représentants à l'assemblée de la Polynésie française	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Les présidents des conseils territoriaux et les conseillers territoriaux de Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Les directeurs, directeurs adjoints et les chefs de cabinets des présidents des conseils territoriaux de Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon	✓	✗	✓	✗	✗
Le président de l'assemblée de Guyane et les conseillers à l'assemblée titulaires d'une délégation de signature ou de fonction	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Le directeur, le directeur adjoint et le chef de cabinet du président de l'assemblée de Guyane	✓	✗	✓	✗	✗

	Déclarations d'intérêts		Déclarations de situation patrimoniale		Contrôle de la gestion sans droit de regard des instruments financiers
	Contrôle	Publication	Contrôle	Publication	
Les présidents de l'assemblée et du conseil exécutif de Martinique ainsi que les conseillers de l'assemblée et les conseillers exécutifs titulaires d'une délégation de signature ou de fonction	✓	hatvp.fr	✓	✗	✗
Les directeurs, directeurs adjoints et les chefs de cabinets des présidents de l'assemblée et du conseil exécutif de Martinique	✓	✗	✓	✗	✗
Les fonctionnaires « dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifie »	✗ Une déclaration d'intérêts est d'abord soumise à l'autorité de nomination puis à l'autorité hiérarchique qui peut, le cas échéant, saisir la HATVP. Les emplois concernés sont listés dans le décret n°2016-1967 du 28 décembre 2016 et précisés, le cas échéant, par des arrêtés ministériels.	✗	✓ Les emplois concernés sont listés dans le décret n°2016-1968 du 28 décembre 2016 et précisés, le cas échéant, par des arrêtés ministériels.	✗	Fonctionnaires ou agents occupant certains emplois civils listés en annexe du décret n°2017-547 du 13 avril 2017
Les militaires « dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifie »	✗ Seulement les militaires occupant un des emplois mentionnés dans le décret n°2018-63 du 2 février 2018 et en annexe 1 de l'arrêté du 26 juin 2018	✗	✓ Seulement les militaires occupant un des emplois mentionnés dans le décret n°2018-63 du 2 février 2018 et en annexe 2 de l'arrêté du 26 juin 2018	✗	Fonctionnaires ou agents occupant certains emplois civils listés en annexe du décret n°2017-547 du 13 avril 2017
Les présidents et directeurs généraux des sociétés et autres personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dans lesquelles plus de la moitié du capital social est détenue directement par l'État	✓	✗	✓	✗	✗
Les présidents et directeurs généraux des établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial (EPIC)	✓	✗	✓	✗	✗

	Déclarations d'intérêts		Déclarations de situation patrimoniale		Contrôle de la gestion sans droit de regard des instruments financiers
	Contrôle	Publication	Contrôle	Publication	
Les présidents et directeurs généraux des sociétés et autres personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dans lesquelles plus de la moitié du capital social est détenue, directement ou indirectement, séparément ou ensemble, par : - des sociétés et autres personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dans lesquelles plus de la moitié du capital social est détenue directement par l'État ; - des EPIC dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 10 millions d'euros	✓	✗	✓	✗	✗
Les présidents et directeurs généraux des offices publics de l'habitat (OPH) gérant un parc supérieur à 2 000 logements au 31 décembre de l'année précédant celle de la nomination des intéressés	✓	✗	✓	✗	✗
Les présidents et directeurs généraux des sociétés et autres personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dont le chiffre d'affaire annuel dépasse 750 000 €, dans lesquelles les collectivités et leurs groupements =détiennent, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital social ou qui sont mentionnées au 1° de l'article L 1525-1 du CGCT	✓	✗	✓	✗	✗
Les présidents des fédérations sportives délégataires de service public et des ligues professionnelles ainsi que les présidents du Comité national olympique et sportif français et du Comité paralympique et sportif français	✓	✗	✓	✗	✗
Les représentants légaux des organismes chargés de l'organisation d'une compétition sportive internationale attribuée dans le cadre d'une sélection par un comité international, de niveau au moins équivalent à un championnat d'Europe, organisée de façon exceptionnelle sur le territoire français et ayant obtenu des lettres d'engagement de l'État	✓	✗	✓	✗	✗
Les délégataires de pouvoir ou de signature de ces représentants lorsque ces délégataires sont autorisés à engager, pour le compte de ces organismes, une dépense supérieure ou égale à 50 000 €	✓	✗	✓	✗	✗
Le médiateur du cinéma, le médiateur du livre et le médiateur de la musique	✓	✗	✓	✗	✗

Table des matières

Avant-propos	1	2. La Haute Autorité, une compétence d'exception pour les fonctions les plus sensibles	45
Introduction	8		
PARTIE I : LE TRAITEMENT DU CONFLIT D'INTÉRÊTS PAR LA HAUTE AUTORITÉ	11	FICHE 2 LE CONTRÔLE PRÉALABLE À LA NOMINATION DES AGENTS PUBLICS	53
1. Détecter le conflit d'intérêts	15	1. Les fonctions publiques concernées	53
1.1 Le risque de conflit avec des intérêts privés	16	1.1 La saisine obligatoire de la Haute Autorité pour les projets de nomination aux fonctions publiques les plus sensibles	54
1.1.1 Les intérêts privés concernés	16	1.2 La saisine subsidiaire de la Haute Autorité sur les projets de nomination aux autres fonctions publiques	54
1.1.1.1 Les intérêts directs et indirects	16		
1.1.1.2 Les intérêts matériels et moraux	17	2. Les hypothèses du contrôle préalable	55
1.1.1.3 Les intérêts présents et passés	18		
1.1.2 La méthode pour caractériser l'interférence ou le risque d'interférence	18	3. Les objectifs du contrôle opéré par la Haute Autorité	57
1.1.2.1 Le champ matériel de l'intérêt	19		
1.1.2.2 Le champ géographique de l'intérêt	19	FICHE 3 LE CONTRÔLE DES DÉCLARATIONS D'INTÉRÊTS	59
1.1.2.3 Le champ temporel de l'intérêt	20	1. Les personnes soumises à l'obligation de déposer une déclaration d'intérêts auprès de la Haute Autorité	59
1.1.3 Précisions sur l'intensité de l'interférence	21		
1.2 Le risque de conflit entre intérêts publics	22	2. Les intérêts concernés par l'obligation déclarative	60
1.2.1 Les cumuls de mandats électifs interdits par la loi	24	2.1 Pour les responsables publics soumis à l'obligation de déclarer auprès de la Haute Autorité	60
1.2.2 Méthodologie d'appréciation des autres situations de cumul de mandats ou de fonctions publiques	24	2.2 Pour les agents publics soumis à l'obligation de déclarer auprès de leur administration	61
1.2.2.1 Le cumul de mandats ou de fonctions au sein d'organismes de droit public	25		
1.2.2.2 Le cumul d'un mandat ou d'une fonction publique avec un mandat ou une fonction au sein d'un organisme de droit privé du secteur public	27	3. Les principales mesures pour prévenir ou faire cesser un conflit d'intérêts au début des fonctions	61
1.3 Le risque de prise illégale d'intérêts	30	3.1 La publicité de l'intérêt en cause	61
2. Prévenir le conflit d'intérêts	32	3.2 Le déport et la délégation	61
2.1 Prévenir le risque pénal	33	3.3 Les autres mesures de précaution	62
2.2 Prévenir les risques de conflit d'intérêts	36	FICHE 4 LE CONTRÔLE DE LA GESTION SANS DROIT DE REGARD DES INSTRUMENTS FINANCIERS	65
2.2.1 La mise en évidence d'un conflit d'intérêts résultant du départ dans le secteur privé ou du cumul d'activités	37	1. Les personnes concernées par l'obligation de gestion sans droit de regard des instruments financiers	65
2.2.2 La prévention des conflits d'intérêts à l'avenir	38		
PARTIE 2 LES FICHES PRATIQUES	41	2. Les instruments financiers concernés	66
FICHE 1 LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE DÉONTOLOGIQUE	43	3. Les modalités de gestion sans droit de regard qui s'imposent	66
1. L'autorité hiérarchique, une compétence de principe pour les fonctionnaires et les agents publics	44	3.1 La gestion collective	66
		3.2 Le mandat de gestion	67
		3.2.1 Pour les instruments cotés en bourse	67

3.2.2 Pour les instruments non cotés en bourse	67
3.3 La conservation en l'état	68
3.3.1 Pour les membres d'autorités indépendantes	69
3.3.2 Pour l'ensemble des assujettis	69
4. Quand et comment se conformer à l'obligation ?	70
FICHE 5 LE CONTRÔLE DU CUMUL D'ACTIVITÉS	71
1. Les cumuls d'activités autorisés	72
2. Les hypothèses de cumul d'activités pour lesquelles la Haute Autorité est saisie	72
2.1 Les trois conditions de compétence de la Haute Autorité	72
2.2 Les précisions sur la condition d'exercice à temps partiel	73
3. Les postes concernés dans la fonction publique	74
3.1 La saisine obligatoire de la Haute Autorité pour les fonctions publiques les plus sensibles	74
3.2 La saisine subsidiaire de la Haute Autorité pour les autres fonctions publiques	76
FICHE 6 LE CONTRÔLE DE LA RECONVERSION PROFESSIONNELLE DANS LE SECTEUR PRIVÉ	77
1. Les responsables et agents publics concernés	78
1.1 La saisine obligatoire de la Haute Autorité pour les fonctions publiques les plus sensibles	78
1.2 La saisine subsidiaire de la Haute Autorité pour les autres emplois publics	79
2. Les hypothèses de reconversion professionnelle concernées	80
2.1 Pour les responsables publics visés par l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013	80
2.2 Pour les fonctionnaires et agents publics	81
3. Les réserves imposées à l'égard des responsables et agents publics en reconversion professionnelle	81
FICHE 7 LES SUITES DES CONTRÔLES	85
1. La typologie des avis rendus	85
1.1 L'avis d'incompétence, d'irrecevabilité ou le non-lieu à statuer	85
1.2 L'avis de compatibilité	86
1.3 L'avis de compatibilité avec réserves	86
1.4 L'avis d'incompatibilité	87

2. Les suites de l'avis	87
2.1 La notification	87
2.2 Le suivi	88
2.3 La publicité des avis	88
2.4 Le pouvoir d'injonction	88
2.5 Les sanctions	89
2.5.1 Dans le cadre de l'article 23 de la loi de 2013	89
2.5.2 Dans le cadre de la loi de 1983	90
2.6 La transmission au parquet	91
FICHE 8 LE CONSEIL DÉONTOLOGIQUE	93
1. La demande d'avis dans le cadre de l'article 20 de la loi du 11 octobre 2013	93
1.1 Les saisines concernant des situations individuelles	93
1.2 Les saisines concernant des institutions	94
2. Les référents déontologues au sein des administrations publiques	95
FICHE 9 LES JUGES ET LE CONFLIT D'INTÉRÊTS	97
1. Le juge administratif et le conflit d'intérêts	97
1.1 Les exigences déontologiques dans la fonction publique	97
1.2 L'exigence transversale d'impartialité dans l'exercice des responsabilités publiques	98
1.2.1 Le conflit d'intérêts en droit de la commande publique	98
1.2.2 Le cas particulier du « conseiller intéressé à l'affaire »	102
1.3 Le juge administratif et le délit de prise illégale d'intérêts	103
2. Le juge pénal et le délit de prise illégale d'intérêts	105
2.1 La prise illégale d'intérêts pendant les fonctions	105
2.1.1 Le champ d'application personnel	105
2.1.2 L'élément matériel du délit	106
2.1.3 La surveillance ou l'administration d'une opération	109
2.2 La prise illégale d'intérêts suivant la fin des fonctions	110
2.2.1 Les personnes concernées	110
2.2.2 Les faits caractérisant le délit	111
ANNEXE	113
LES RESPONSABLES PUBLICS CONCERNÉS PAR LES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES AU TITRE DE L'ARTICLE 11 DE LA LOI DU 11 OCTOBRE 2013	

