Les zones d'ombre du droit français des conflits d'intérêts

Arthur CHAPRON

Résumé

Le droit des conflits d'intérêts participe d'une conception vertueuse de la démocratie et de ses institutions en cela qu'il impose une préférence continuelle pour l'intérêt général aux personnes qui l'incarnent, préservant par la même la confiance des citoyens dans l'action des pouvoirs publics. En France spécifiquement, cette discipline fut longtemps axée sur une approche répressive. L'accent était mis sur les sanctions encourues par les élus, les agents ou toute autre personne chargée d'une mission de service public en raison de leur manque de probité, au travers le délit de prise illégale d'intérêts. La loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, qui pris le soin de poser une définition des conflits d'intérêts, opéra une bascule vers une logique davantage préventive, plus en phase avec l'émergence d'une administration post-moderne, décentralisée et réflexive sur les conditions et les conséquences de ses actions. Depuis lors, l'environnement normatif du droit des conflits d'intérêts s'est étoffé et ses contours se sont précisés. Pour autant, certaines incertitudes n'ont pas été dissipées et ne le seront certainement pas considérant la nature protéiforme et politique de l'objet qu'il se propose d'encadrer. La permanence de ces zones d'ombres induit l'émergence d'une culture de la compliance au sein des administrations, surtout au niveau local, consistant à développer des normes éthiques et processuelles afin de sécuriser la situation des différents acteurs du secteur public.

Mots-clefs : *Conflit d'intérêts, prise illégale d'intérêts, probité des responsables publics, risque pénal, insécurité juridique, éthique, compliance.*

Abstract

The law on conflicts of interest is part of a virtuous conception of democracy and its institutions by imposing a continual preference for the general interest on the people who embody it, thereby preserving the confidence of citizens in the action of the authorities. In France, this discipline was for a long time focused on a repressive approach. The emphasis was placed on the sanctions incurred by elected officials, agents or any other person entrusted with a public service mission due to their lack of integrity. By the law of October 11, 2013, the legislator established a definition of conflicts of interest and made a shift towards a more preventive logic, more in line with the emergence of a post-modern, decentralized and reflective administration on the conditions and the consequences of his actions. Since then, the normative environment of conflicts of interest law has expanded and its contours have become clearer. However, certain uncertainties have not been dissipated and certainly will not be, considering the protean and political nature of the object that it proposes to frame. The permanence of these gray areas leads to the emergence of a culture of compliance within administrations, especially local ones, consisting of developing ethical and procedural standards in order to secure the situation of public sector actors.

Keywords: Conflict of interest, public authorities, criminal risk, legal uncertainty, ethics, deontology, compliance.

Table des matières

Introduction 3
I. L'appréhension incertaine des conflits d'intérêts et des risques y afférents 8
A. Le maintien d'une conception extensive de la prise illégale d'intérêts 9
1. Les divergences historiques entre les jurisprudences pénales et administratives 10
2. Le maintien d'une conception extensive du risque pénal 12
B. La caractérisation à géométrie variable de la prise illégale d'intérêts 14
1. Les éléments classiques d'identification de la prise illégale d'intérêts 14
2. Le trouble généré par la Cour de justice de la République 16
II. Les difficultés propres aux conflits internes au secteur public 18
A. Un régime de présomption simple d'absence de conflits d'intérêts 19
1. La protection des représentants désignés en application de la loi 19
2. Les limites du nouveau régime de présomption 21
B. Un mécanisme de neutralisation en double détente 23
1. Une exception induisant une neutralisation partielle 23
2. Une dérogation impliquant une neutralisation complète 26
Conclusion 28

INTRODUCTION

1. L'intime et le quotidien. Avant d'être une notion juridique, le conflit d'intérêts est d'abord une expérience intime et quotidienne[1]. Entendu comme le souci de ce qui convient momentanément à une personne ou un groupe de personnes[2], l'intérêt est au fondement de toute action humaine[3] et par extension, de toute construction sociale[4]. Chacun possède une multitude d'intérêts, parfois contradictoires en raison de leur finalité et entre lesquels il faut choisir, c'est-à-dire opérer des arbitrages. Le plus souvent, ces compromis personnels[5] n'emportent aucune conséquence majeure. La situation se complique en revanche lorsque qu'ils mettent aux prises un intérêt que la personne représente et se doit donc de défendre et un autre, qui peut lui être propre, appartenir à l'un ses proches ou se présenter comme un devoir tiers qu'elle est également en charge de protéger[6]. Un tel dilemme donne alors lieu à un affrontement de loyauté et c'est cette hypothèse particulière, bien que fréquente, à laquelle le droit des conflits d'intérêts s'intéresse[7]. Dans son acception la plus large, ce domaine juridique désigne ainsi l'ensemble des règles qui tendent à prévenir et le cas échéant sanctionner les situations dans lesquelles l'interférence entre les intérêts d'une même personne est de nature à influencer, ou paraître influencer le sens de ses décisions et de ses actions[8].

2. La morale et le droit. D'abord conçue comme un impératif moral et religieux[9], la prohibition des conflits d'intérêts connut ses premières réglementations dès l'antiquité dans le but d'empêcher les responsables administratifs d'user de leurs pouvoirs à des fins personnelles[10]. Toutefois, c'est plus tardivement que cette dimension juridique s'est structurée, en priorité au sein des pays de *common law*[11]. Elle prend ainsi ses racines dans les exigences de

[1] Y. MENY, « De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts », *Pouvoirs,* 2013, vol. 4, n°147, p. 5.
[2] I. PALACIOS-HUERTA, « Intérêt », in G. ORIGGI éd., *Passions sociales*, PUF, 2019, pp. 342-348
[3] P. BENEDETTO, *Psychologie de la personnalité*, De Boeck Supérieur, 2008, pp. 115-123.
[4] S. PAUGAM, *Le lien social*, PUF, 2018, pp. 105-123.
[5] Cette dimension personnelle est essentielle. Elle permet de distinguer les « conflits d'intérêts » et les « oppositions d'intérêts », où ce sont les aspirations de personnes distinctes qui s'affrontent. Tel est par exemple le cas lorsque les intérêts d'un débiteur s'opposent à ceux de son créancier ou pour prendre une illustration plus ancrée dans le droit public, lorsque les intérêts d'un groupe de personnes s'opposent à l'intérêt général. V. en ce sens, J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », *D.*, 2011, n°16, p. 1100.
[6] M. MEKKI, « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », *Pouvoirs*, 2013, vol. 147, n°4, p. 17.
[7] B. GIORGIO MATTARELLA, « Le régime juridique du conflit d'intérêts, éléments comparés », *RFAP*, 2010, vol. 135, n°3, p. 643.
[8] M. MEKKI, « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », in *Les conflits d'intérêts*, Dalloz, 2013, p. 3 et s.
[9] Matthieu 6 :24 : « Nul ne peut servir deux maîtres. Car, ou il haïra l'un, et aimera l'autre ; ou il s'attachera à l'un, et méprisera l'autre. Vous ne pouvez servir Dieu et Mamon ».
[10] N. BOUCANT, *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés*, Th. UPEC, 2022, pp. 4 et 5.
[11] Ch.-L. VIER, « La notion de conflit d'intérêts », *AJDA*, n°16, 2012, p. 869.

fidélité et de loyauté qui sont au cœur du *trust*, connu en Angleterre depuis le moyen-âge[12], avant de devenir omniprésente aux Etats-Unis[13] où la question des conflits d'intérêts innerve la société et concerne l'ensemble des secteurs professionnels[14].

3. L'appréhension initiale des conflits d'intérêts en droit français. Sans les ignorer, le système juridique français n'a longtemps eu qu'une approche indirecte des conflits d'intérêts[15]. Cette notion ne faisait l'objet que de définitions doctrinales[16] et l'idée qu'elle contient – d'interférences susceptibles de troubler la motivation d'une personne – n'était envisagée que de manière restrictive[17]. En dépit de leur transdisciplinarité[18], ces situations conflictuelles n'étaient pensées qu'à l'endroit des acteurs publics, entendu au sens large, considérant l'exigence d'impartialité[19] qui résulte de leur office social singulière[20], conformément à l'adage selon lequel la vertu est indispensable en République[21]. Aujourd'hui encore, le droit privé reste en retrait sur le thème des conflits d'intérêts[22], qui ne sont abordés que comme l'une des composantes du volet anticorruption de la loi Sapin II[23]. Surtout les conflits des responsables publics, peut être en raison d'une croyance lointaine quant à la convergence naturelle entre leurs intérêts particuliers et ceux de leurs administrations[24], n'étaient juridiquement appréhendés que dans une perspective répressive, afin d'en punir les éventuels effets funestes et ainsi défendre l'intérêt général contre le risque d'une défaillance abusive des personnes qui l'incarnent[25].

4. La répression pénale et son pendant administratif. Depuis 1810 et son apparition à l'article 175 du code pénal napoléonien, le droit français sanctionne le « délit d'ingérence »

---

[12] S. MONTAGNE, « Histoire du trust », in *Fonds de pension*, Odile Jacob, 2006, pp. 41 à 70.
[13] Rapport du Sénat, n°518, 12 mai 2011, p. 33.
[14] C. PICHE, « Définir, sanctionner et prévenir les conflits d'intérêts », *Thémis*, 2013, n°3, vol. 47, p. 497.
[15] J.-M. SAUVE, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles suffisantes ? », *L'ENA hors les murs*, 2014, n° 444, p. 2.
[16] J.-D. DREYFUS, « Le conflit d'intérêts en droit public (aspects non contentieux) », *LPA*, 2002, n°120, p. 5.
[17] G. PROTIERE, « Les conflits d'intérêts en droit public », in *Les conflits d'intérêts*, colloque nov. 2011, Fort-de-France, pp.115-138.
[18] B. BAUJET, « Lettre ouverte à ceux qui abhorrent le conflit d'intérêts », *LPA*, 2016, n°207, p. 7.
[19] CE, 25 nov. 2021, n°454466, *Leb.*, concl. LE CORRE ; *RFDA* 2022, p. 501, note AYNES ; *AJDA*, 2022, p. 988, note L. DE FOURNOUX, obs. E. MAUPIN ; *RTD com.*, 2021, p. 785, obs. F. LOMBARD ; *AJCT*, 2022, p. 168, obs. S. DYENS.
[20] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1903, p. 552.
[21] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Flammarion, p. 36.
[22] B. HECKER, A.-S. SCHIMPF, « Le conflit d'intérêts. Nemo in rem suam auctor esse potest », *JCP E*, 2022, n°5, p.302.
[23] L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 17, II. V. sur ce point, AFA, La Prévention des conflits d'intérêts dans l'entreprise, Guide pratique, nov. 2021.
[24] M.-P. PRAT, C. JANVIER, « Les conflits d'intérêts chez les élus », *Pouvoirs*, 2013, vol. 4, n°147, p. 53.
[25] Y. MULLER-LAGARDE, « Le délit de prise illégale d'intérêts : De la sanction d'un devoir civique à la prévention d'un conflit d'intérêts », *Archives de Politiques Criminelles*, 2017, n°39, p. 41.

rebaptisé « prise illégale d'intérêts » depuis 1994[26], c'est-à-dire en substance, le fait pour une personne d'être sciemment intéressée dans une affaire qu'elle est chargée de surveiller, d'administrer, de liquider ou de payer au titre de ses fonctions publiques, ce qui la conduirait ou pourrait la conduire à faire primer un intérêt autre sur l'intérêt général qu'elle se doit pourtant de défendre[27]. La personne reconnue coupable encourt une peine de cinq ans d'emprisonnement et une amende de 500 000 € – ce montant pouvant, le cas échéant, être porté au double du produit de l'infraction[28] – éventuellement assortie de peines complémentaires, notamment l'inéligibilité pendant une durée de cinq ans[29]. En outre, sur le volet institutionnel, le droit des collectivités territoriales permet au juge administratif, depuis la loi municipale du 5 avril 1884[30], d'annuler en raison de leur illégalité les délibérations auxquelles un élu intéressé à l'affaire a tout de même pris part[31].

5. Le tournant du 21e siècle. Au regard de ces risques juridiques, mais également des conséquences déontologiques et politiques susceptibles d'en résulter, la question des conflits d'intérêts est progressivement devenue une préoccupation majeure des responsables publics, *a fortiori* au tournant du 21e siècle[32]. D'une part, en raison de l'émergence des technologies de l'information qui ont permis de mettre ces conflits sur le devant de la scène, comme ce fut notamment le cas dans l'affaire CAHUZAC[33]. D'autre part, en raison d'une complexification progressive des rapports humains au sein des sociétés occidentales postmodernes, où la pluralité des activités conduit certains à occuper des rôles contradictoires, ce qui constitue un terreau favorable au foisonnement de situations potentiellement conflictuelles[34]. Dans ce contexte, la nécessité de consacrer une définition positive des conflits d'intérêts était devenue un enjeu de premier ordre afin de maintenir la légitimité des décisions publiques et la confiance des citoyens dans les institutions démocratiques[35].

[26] C. pén., art. 432-12.
[27] M. SEGONDS, « Les conflits d'intérêts en droit pénal… où l'avenir de la prise illégale d'intérêts », in *La discontinuité en droit*, Presses Universitaires de Toulouse Capitole, 2014, p. 323.
[28] CP, art. 432-12.
[29] CP, art. 432-17.
[30] L. du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale, JORF du 6 avril 1884, art. 64.
[31] CGCT, art. L. 2131-11. Le législateur n'a pas pris le soin de reprendre explicitement les dispositions de cet article à l'endroit des départements et des régions. Toutefois, le juge administratif a admis que la notion de conseiller intéressé vise, avec les mêmes conséquences, les conseillers départementaux et régionaux (V. en ce sens, CE, 6 juin 1997 n°141829 – Rép. min., n° 6453, JOAN 13 janv. 2003, p. 219). Il en va de même concernant la situation des élus au sein d'une intercommunalité (V. CE, 29 juill. 1994, n° 116589).
[32] A. COLLOVALD, « Conflits d'intérêts. Au-delà de l'éthique, la démocratie en question », *Savoir/Agir*, 2017, vol. 41, n° 3, p. 11.
[33] M. MEKKI, « La lutte… », *ibid.*
[34] C. PICHE, *ibid.*
[35] M.-P. PRAT, C. JANVIER, *ibid.*

6. Les apports de la loi du 11 octobre 2013. Issue des travaux produits par les commissions SAUVE[36] et JOSPIN[37], la loi du 11 octobre 2013[38] opère une double bascule dans le paradigme de l'ordre juridique français. D'abord, parce qu'elle définit législativement le conflit d'intérêts, en retenant que cette notion désigne « 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 »[39]. Cette définition fut ensuite reprise, quasiment mot pour mot, par la loi « Lebranchu » du 20 avril 2016[40], afin de l'étendre, à l'ensemble des agents publics[41] et ainsi consacrer l'obligation qui leur incombe de prévenir ou faire cesser toutes les situations de collusions susceptibles d'être défavorables à l'intérêt général[42], confortant par la même les exigences de neutralité, d'objectivité et d'impartialité dégagées auparavant par la jurisprudence administrative[43]. Ensuite, parce que ce travail législatif traduit à l'évidence une volonté de mettre davantage l'accent sur la prévention des situations déontologiques que sur leur seule répression[44]. A cet effet, ce texte est venu imposer des obligations déclaratives, portant sur des informations dont le contrôle est assuré par une Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique[45].

7. Une discipline en constante évolution. Plus de dix années se sont désormais écoulées depuis l'avènement de la loi du 11 octobre 2013. Dans ce laps de temps, les acteurs susceptibles d'intervenir dans le champ de la lutte contre la corruption et plus singulièrement contre la consommation des conflits d'intérêts se sont démultipliés[46]. La loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, a permis à toute association agréée en matière de lutte contre la corruption, déclarée depuis au moins cinq

[36] Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique : pour une nouvelle déontologie de la vie publique, 26 janvier 2011, p. 19 et 112 : « *Un conflit d'intérêts est une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions* ».
[37] Rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique : Pour un renouveau démocratique, 9 nov. 2012, p. 82.
[38] L. n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[39] L. n°2013-907, art. 2.
[40] L. n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, art. 2.
[41] CGFP, art. L. 122-1. V. ég., C. défense, art. L. 4122-3 pour les militaires ; CJA, art. L. 131-3 et L. 231-4 pour les magistrats administratifs ; CJF, art. L. 120-5 et L. 220-6, pour les magistrats des juridictions financières.
[42] CGFP, art. L. 121-4.
[43] CE, 27 janv. 1969, n°62443 ; Concl. J. BAUDOIN, « Conditions de détachement des fonctionnaires », *La Revue Administrative*, 1970, n°134, p. 170.
[44] J.-M. SAUVE, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles satisfaisantes ? », *ENA hors les murs*, 2014, n°444, p. 8. Il est à noter que cette optique préventive fut pareillement celle de la loi précitée du 20 avril 2016.
[45] Ci-après HATVP.
[46] X. DELPECH, « Prise illégale d'intérêts et autres manquements à la probité », *JA*, 2023, n°672, p. 23.

ans, de se constituer partie civile au titre de certaines infractions traduisant un manquement au devoir de probité[47]. De même, la loi précitée « Sapin II » a institué l'Agence française anticorruption, dont l'une des tâches consiste à accompagner les personnes, morales ou physiques, publiques et privées, dans la détection et la prévention de leurs éventuelles défaillances sur le plan de l'intégrité[48]. Surtout, les dispositifs préventifs et répressifs afférents aux conflits d'intérêts se sont affirmés comme des piliers démocratiques et le législateur est de nouveau intervenu, à deux reprises, pour en préciser la portée, à l'occasion de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire[49], puis dans le cadre de celle du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification, dite « loi 3DS »[50].

8. L'émergence d'une culture de la compliance. Parallèlement à ces évolutions législatives, certaines administrations se sont emparées du sujet des conflits d'intérêts en se dotant de normes processuelles, le plus souvent inspirées des travaux de la HATVP, qui s'inscrivent dans une logique de la « compliance »[51], entendue comme l'ensemble des processus internes volontairement mis en œuvre par une personne morale, en l'occurrence de droit public, dans le but d'adhérer strictement aux règles qui s'imposent à elle et ainsi devancer le plus efficacement possible les différents risques auxquels elle est susceptible de s'exposer dans l'hypothèse où elle ne s'y conformerait pas[52]. Dans cette perspective, il n'est plus seulement question de maîtriser les différentes composantes du droit des conflits d'intérêts mais bien d'agir proactivement, en se dotant d'outil de pilotage *ad hoc* et en développant des stratégies d'évitement des comportements problématiques, par le truchement de l'acculturation et de la formation[53]. Cette recherche de la conformité consiste notamment à formaliser des codes de bonnes conduites, à cartographier les risques déontologiques et à sensibiliser les

[47] L. n° 2013-1117 du 6 déc. 2013, art. 1er, I – C. pr. pén., art. 2-23
[48] L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, art. 3, 3.
[49] L. n° 2021-1729 du 22 décembre 2021.
[50] L. n° 2022-217 du 21 février 2022.
[51] X. DELPECH, *ibid.*
[52] A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire*, 2019, vol. 165, n°1, p. 109. V. ég., F. VESSIO, « Réflexion sur les critères de définition de la compliance – Approche restrictive à l'aune du droit positif », *JCP E*, 2023, n°23, p. 20 – V. LAMY, « Contrats publics et compliance – Les nouveaux chemins de la lutte contre la corruption », *JCP A*, 2022, n°18, p. 24.
[53] S. DYENS, P. VILLENEUVE, « Contrôle de la prévention des conflits d'intérêts par les chambres régionales et territoriales des comptes : un marchepied pour la compliance ? », *AJCT*, 2023, n°6, p. 407.

principaux concernés au cadre applicable, face à des situations qui ne cessent de se complexifier[54].

9. Les failles du droit français des conflits d'intérêts. La présente étude se propose de démontrer qu'il existe un rapport paradoxal entre la consolidation des règles afférentes aux conflits d'intérêts et l'émergence de cette culture de la compliance au sein du secteur public. En dépit des efforts du législateur pour clarifier ce domaine juridique particulier, ce sont surtout les incertitudes qu'il n'a pas su disperser qui contribuent directement à l'expansion croissante de normes éthiques visant davantage à endiguer ces situations qu'à les réguler. En l'occurrence, deux zones d'ombre sont particulièrement problématiques. La première tient dans la difficulté d'appréhender les conflits d'intérêts et par extension les risques qui s'y rattachent (**I**). La seconde concerne plus singulièrement l'encadrement des conflits entre des intérêts publics (**II**).

I. L'appréhension incertaine des conflits d'intérêts et des risques y afférents

10. Le concept et ses limites. Au sens de la loi du 11 octobre 2013, un conflit d'intérêts est identifié dès lors que l'interférence entre l'un des intérêts – direct ou indirect, matériel ou moral, public ou privé – d'une personne et un intérêt public qu'elle se doit de défendre au titre de ses fonctions publiques, est de nature à influencer ou paraître influencer son indépendance, son impartialité et son objectivité. Nonobstant son approche objective, cette définition est avant tout conceptuelle[55] et ne fait donc pas toute la lumière sur cette notion[56]. Ceci s'explique en raison de la nature protéiforme des « interférences » qu'elle se propose d'appréhender[57]. Outre le fait bien connu que les circonstances constitutives de relations conflictuelles sont fonctions de la culture, des valeurs et plus généralement de la morale d'une société à une époque donnée[58], c'est surtout la multiplicité de leurs manifestations, aussi bien formelles qu'informelles, réelles que potentielles, avec ou sans effet funeste qui complexifie leur identification[59]. Ce constat est

[54] A. ADERNO, V. CADOUX, A. DELESCLUSE, M. GOUPIL, « Prévention interne des atteintes à la probité : le défi de la conformité », *Le Courrier des maires*, 2023, n°373, p. 60. V. ég., S. DYENS, « Éthique publique : lorsque la HATVP interprète la loi 3DS », *AJCT*, 2022, n°11, p. 583.

[55] Le défaut d'accessibilité et d'intelligibilité de cette définition avait d'ailleurs été soulevé par des députés afin de contester la constitutionnalité de la loi du 11 octobre 2023. L'argument fut cependant écarté par le Conseil constitutionnel. V., CC., Décision n°2013-676 DC du 9 oct. 2013.

[56] H. MARTHEZ, « Le conflits d'intérêts : comment éradiquer ce fléau ? », *Bull. Joly Sociétés*, 2014, n°7-8, p. 425.

[57] M. SEGONDS, « L'apport de la loi du 11 octobre 2013 n°2013-907 à la définition du conflit d'intérêts », *ENA hors les murs*, 2014, n°444, p. 11.

[58] M. MEKKI, « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », dans *Les conflits d'intérêts. Journées nationales*. Tome XVII/Lyon, Paris, Dalloz, 2013, n°8, p. 9. V. ég., C. PICHE, *ibid.*

[59] B. HECKER, A.-S. SCHIMPF, *ibid.*

accentué par le fait que le législateur n'a jamais entendu transformer le conflit d'intérêts en infraction, laissant intact le délit de prise illégale d'intérêts, qui se présente comme son prolongement pénal[60]. Or, cette coexistence pose la question des périmètres respectifs de ces notions, dans un contexte où elles se trouvent régulièrement confondues dans les discours sur la probité[61]. Si la doctrine insiste sur la nécessité de les distinguer[62], force est de constater que la tâche est malaisée dès lors que la conception extensive du juge pénal quant au champ de la prise illégale d'intérêts influence directement l'appréhension des conflits d'intérêts (**A**), alors même que les éléments caractéristiques de cette infraction sont parfois difficiles à cerner (**B**)

A. Le maintien d'une conception extensive de la prise illégale d'intérêts

Le surveillant et le surveillé. Le délit de prise illégale d'intérêts s'inscrit dans une gamme d'infraction dont l'objet est de sanctionner les manquements au devoir de probité qui incombe à toute personne exerçant une fonction publique[63]. En droit pénal, cette notion est appréciée fonctionnellement. Soit il est question d'une « personne dépositaire de l'autorité publique », dans le sens où elle est investie de prérogatives de puissance publique[64]. Soit d'une personne « chargée d'une mission de service public », c'est-à-dire qui concourt à la satisfaction de l'intérêt général[65], incluant ainsi les acteurs privés qui œuvrent en ce sens, notamment les associations[66]. Soit la personne est « investie d'un mandat électif », ce qui regroupe l'ensemble des élus[67]. La singularité de cette infraction tient au fait qu'elle réprimande les situations de partialité, consistant pour ces personnes à assumer deux rôles pourtant incompatibles de surveillant et de surveillé[68]. Depuis son intronisation dans le droit pénal français, cette

[60] Y. MULLER-LAGARDE, « Le délit de prise illégale d'intérêts… », *ibid.*
[61] S. DYENS, « Agents publics territoriaux : Prévention des conflits d'intérêts », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2020, pt. 66.
[62] B. FLEURY, « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois, La prise illégale d'intérêts redéfinie : vrai problème, fausse solution ? », *JCP A*, 2010, n°27, p. 5. V. ég., P. FOMBEUR, A. LALLET, « Impartialité de la juridiction – Prévention des conflits d'intérêts des juges – Abstention et Récusation », *JCL Justice administrative*, Fasc. 70-11, pt. 45.
[63] C. pén., Section III, du Chapitre II du Titre III du Livre IV.
[64] M. SEGONDS, « Les conflits d'intérêts en droit pénal… », *ibid.*
[65] Crim. 14 juin 2000, n°99-84.054 , *D.* 2000 p. 216 ; *RTD com*. 2000, p. 1026, obs. B. BOULOC.
[66] Crim. 30 janv. 2013, n°11-89.224 ; *D*. 2013, p. 568 ; *D*. 2013. 2713, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *JA* 2013, n°476, p. 11 ; *AJ fam*. 2013, p. 243, obs. T. VERHEYDE ; *AJ pénal* 2013, p. 613, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RTD com*. 2013. 600, obs. B. BOULOC.
[67] La loi du 22 décembre 2022 est spécifiquement venue étendre le délit de prise illégale d'intérêts à l'endroit de deux catégories de potentiels intéressés. D'une part, les magistrats et plus généralement, toutes les personnes qui exercent des fonctions juridictionnelles, par le truchement d'un nouvel article 432-12-1 du code pénal. D'autre part, les anciens fonctionnaires, au travers le délit spécifique de pantouflage prévu par les dispositions également nouvelles de l'article 432-13 de ce même code.
[68] B. FLEURY, *ibid.*

infraction fait l'objet de nombreuses critiques[69]. En cause, sa définition trop vague de l'intérêt prohibé, longtemps qualifié de « quelconque ». Pour ses détracteurs, cette imprécision aurait eu pour conséquence de rendre l'application de ce délit imprévisible[70], en permettant au juge pénal de l'étendre à des cas où l'intérêt de l'acteur public ne divergeait pas de celui de sa collectivité[71], s'éloignant ainsi de la lecture retenue par son homologue administratif quant aux éléments constitutifs et aux conséquences à tirer des situations donnant lieu à un conflit d'intérêts (**1**). En dépit de l'intervention du législateur, cette divergence reste d'actualité (**2**).

1. Les divergences historiques entre les jurisprudences pénales et administratives

11. La théorie des apparences et ses implications selon le juge pénal. Le juge répressif s'est historiquement refusé à prendre en considération le comportement effectif de l'acteur public au regard du conflit auquel il faisait face, tout comme la finalité de l'affaire litigieuse, en estimant que l'article 432-12 du code pénal n'exigeait aucunement que l'intérêt pris soit contraire à l'intérêt général[72]. Dans cette optique, l'infraction se trouve caractérisée y compris lorsque ces deux intérêts convergent. Tel est le sens de la solution retenue par la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt *Ville de Bagneux* en date du 22 octobre 2008, qui provoqua un important émoi au sein de la classe politique française[73]. Dans cette affaire, la chambre criminelle estima coupables de prises illégales d'intérêts quatre conseillers municipaux qui avaient pris part au vote de plusieurs délibérations tendant à attribuer des subventions à des associations dont ils assuraient la présidence ou dont ils étaient administrateurs. En l'espèce, la circonstance que les élus assuraient ces missions de manière bénévole, sur désignation du conseil municipal et au sein de structures dont le caractère d'intérêt général n'était pas remis en cause ne changeait rien à l'affaire[74]. Cette position jurisprudentielle selon laquelle, au sens du droit pénal, un conflit d'intérêts n'implique pas nécessairement une confrontation fut ensuite réaffirmée[75]. Le juge répressif a ainsi eu tendance à retenir l'existence d'une prise illégale d'intérêts dès lors qu'une simple apparence d'interférence entre deux intérêts pouvait être identifiée[76].

[69] E. DAOUD, E. DE CASTELBAJAC, « Le délit de prise illégale d'intérêts enfin revisité », *AJ pénal*, 2022, n°2, p.64.
[70] M. SEGONDS, « Les conflits d'intérêts en droit pénal… », *ibid.*
[71] E. FATOME, J. MOREAU, « Prise illégale d'intérêts et conseiller intéressé », *Collectivité-Intercommunalité*, 2000, n°6, p. 4. V. ég., Y. MULLER-LAGARDE, « Prise illégale d'intérêts », *JCL Pénal Code*, Fasc. 20, pt. 35.
[72] Crim., 22 fév. 2017, n° 16-82039. V. ég., Crim, 19 mars 2008, n° 07-84288.
[73] Crim. 22 oct. 2008, n° 08-82.068, *AJDA* 2008, p. 2144 ; *D.* 2008, p. 3013 ; *AJ pénal* 2009, p. 34, obs. G. ROYER.
[74] B. CLAVAGNIER, « Le délit de prise illégale d'intérêt connaît-il encore des limites », *JA*, 2009, n°404, p.35.
[75] Crim., 28 sept. 2016, n°15-83.467.
[76] J.-F. KERLEO, « Réformes de la prise illégale d'intérêts : l'alignement du droit pénal sur le droit administratif », *JCP A*, 2022, n°7, p. 36.

12. La nécessité d'un trouble effectif pour le juge administratif. Pour sa part, le juge administratif développe une conception plus souple de l'action publique lorsqu'il se prononce sur la légalité des délibérations auxquelles participent un conseiller intéressé à l'affaire[77]. La démonstration de cet intérêt fait l'objet d'une approche casuistique[78] fondée sur la réunion deux conditions visant à démontrer le trouble effectif de l'élu dans sa prise de décision[79]. A cet égard, il est attendu qu'il poursuive un intérêt distinct de celui de la généralité des habitants de sa collectivité[80]. En creux, il se comprend qu'au sens du droit des collectivités, un élu n'est pas intéressé dès lors que son intérêt se confond avec celui de ses administrés[81]. De manière significative, ceci conduit le juge administratif à s'écarter des décisions rendues par son homologue pénal en ne retenant pas comme intéressés les élus membres d'une association[82] ou d'une entreprise publique locale[83], dont le but est de satisfaire un intérêt général[84], sauf s'il est avéré que ces structures poursuivent des intérêts étrangers à ceux de la collectivité[85]. De surcroit, l'élu doit influencer le vote de l'acte en cause, tant lors de sa préparation[86] qu'au moment de la délibération[87]. A cet égard, le fait qu'il participe à la commission chargée d'instruire le dossier problématique[88], tout comme sa présence lors du vote[89], ou encore son niveau de responsabilité[90], sont des indices majeurs concernant son influence[91]. Pour autant, ces éléments seuls sont insuffisants, le juge procédant systématiquement à une analyse concrète des cas d'espèce[92]. Ainsi, la délibération, acquise à six voix contre cinq, ayant pour objet d'attribuer un emploi au sein d'une commune à une personne qui entretenait des liens d'alliance avec le maire dont le vote fut décisif sur l'issu du scrutin est illégale [93], mais pas celle ayant pour but de céder un terrain communal au père du maire qui, de surcroît présidait la séance, au motif que dans cette affaire, l'unanimité du conseil municipal permettait d'écarter l'influence

[77] CGCT, art. L. 2131-11 du CGCT.
[78] J.M. MAILLOT, « La notion d'élu intéressé dans le droit des collectivités locales », *JCP G*, 2000, n°27, p. 1309. V. ég., M. MEKKI, « La lutte… », *ibid.* ; P. FOMBEUR, A. LALLET, *ibid.*
[79] CE, 16 déc. 1994, n°145370, *AJDA*, 1995, p. 72. V. ég., CAA Paris, 8 nov. 2019, n°17PA23466.
[80] CE, 2 déc. 1987, n°68549 – CE, 11 déc. 1992, n°89121 – CE, 23 février 1990, n°78130. V. ég., Rép. Min., n°53505, JOAN du 22 févr. 2005 – Rep. Min., n°2818, JOAN du 2 fév. 2023.
[81] CE, 26 oct. 2012, n° 351801. V. ég., CE, 20 janv. 1989, n°75442 – CE, 22 juillet 1992, n°88549 et n°102297 – CE, 10 janv. 1992, n°97476.
[82] CAA Marseille, 16 sept. 2003, n°99MA01085.
[83] CE, 19 mai 2000, n°208542.
[84] CAA Versailles, 15 mai 2008, n°06VE01131.
[85] CE, 9 juill. 2003, n°248344, *AJDA* 2003, p. 2264, note D. BLAISE.
[86] CE, 26 févr. 1982, n°12440 et 21704.
[87] CE, 12 févr. 1986, n°45156.
[88] CE, 17 février 1993, n°115600.
[89] CE, 21 nov. 2012, n°334726.
[90] CE, 12 sept. 2018, n° 420454.
[91] CAA, 29 avril 2021, n°19LY02640.
[92] CE, 24 mai 2000, n°196557.
[93] CE 26 févr. 1975, n°92628.

déterminante de l'édile sur l'issue du vote[94]. En revanche, cette même unanimité est insuffisante pour effacer le rôle essentiel de l'élu intéressé dès lors que l'objet de la délibération litigieuse le concerne directement et exclusivement[95].

13. Un débat sur la nature de l'interférence. En somme, si le juge pénal ne se prive pas de sanctionner jusqu'à la concomitance des intérêts, son homologue administratif refuse d'annuler un acte à défaut d'un intérêt réellement étranger de son auteur par rapport à l'intérêt général de sa collectivité. Il se comprend alors qu'à la différence du premier, le second questionne davantage les apparences[96], afin de s'assurer que l'interférence problématique est d'une intensité suffisante pour faire naître un doute raisonnable quant au fait qu'elle trouble la conduite sereine de l'action publique[97]. Cette divergence jurisprudentielle conduisit le législateur, sous l'impulsion notable des élus locaux, à engager une réforme du délit de prise illégale d'intérêts.

2. Le maintien d'une conception extensive du risque pénal

14. Les précisions apportées sur la nature de l'intérêt prohibé. La thèse du champ d'application extensif du risque pénal fut confortée dès l'avènement de la loi du 11 octobre 2013 où les conflits d'intérêts se trouvèrent définis en référence à des interférences « de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction » et non uniquement à un simple « intérêt quelconque ». Cette différence manifeste fit naître de nombreuses propositions portant sur une redéfinition de l'intérêt réprimé au travers l'infraction de prise illégale d'intérêts, afin de faire coïncider son champ d'application avec celui du dispositif préventif instauré par la loi susvisée et par la même d'harmoniser le droit pénal avec le régime administratif lié à la notion de conseiller intéressé[98]. La clarification tant attendue est finalement intervenue à l'occasion de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, dont l'article 15 opère une réécriture de l'article 432-12 du code pénal[99]. S'alignant sur les termes employés dans la définition du conflit d'intérêts[100], le code pénal retient désormais que le délit de prise illégale d'intérêts vise, de manière plus spécifique, la situation dans laquelle un responsable public prend, reçoit ou conserve, directement ou

[94] CE 26 oct. 1994, n°121717.
[95] CE, 22 février 1995, n°150713.
[96] J.-F. KERLEO, « Participation des élus locaux à des organismes extérieurs et conflits d'intérêts », *JCP A*, 2020, n°47, p. 31.
[97] J.-M. SAUVE, *ibid.*
[98] Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts, préc., p. 78.
[99] L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 15.
[100] J.-F. KERLEO, « Réformes … », *ibid.*

indirectement, dans une entreprise ou une opération dont il est chargé d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, « un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité »[101].

15. L'absence de loi pénale plus douce. De prime abord, cette nouvelle rédaction, qui faisait sienne une proposition de la HATVP[102], auparavant portée par la commission SAUVE[103], devait permettre de circonscrire plus strictement le champ de la prise illégale d'intérêts[104]. Toutefois, un doute subsistait quant à la lecture qu'en ferait le juge pénal[105]. La Cour de cassation le dissipa sans détour à l'occasion d'un arrêt rendu le 5 avril 2023[106]. S'appuyant sur deux jurisprudences antérieures[107], la chambre criminelle rappela que le délit de prise illégale d'intérêts avait, *ab initio*, été institué par le pouvoir législatif dans le but de « garantir, dans l'intérêt général, l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions publiques », et que c'était en ce sens qu'avait auparavant été interprétée la notion « d'intérêt quelconque ». La Cour en déduisit que les deux rédactions devaient être considérées comme équivalentes[108], de sorte que la loi du 22 décembre 2021, qui n'adoucit en rien la règle pénale, n'apparaît finalement que comme le vecteur d'une codification à droit constant des pratiques jurisprudentielles du juge pénal. La modification qu'elle introduit ne fait donc qu'éclairer la volonté initiale du législateur, sans faire évoluer le champ d'application de l'incrimination qu'il a institué. A l'instar de la réforme de 1992, celle de 2021 apporte ainsi un changement de vocabulaire sans modifier le fond, le délit restant le même dans ses différentes composantes, factuelles et juridiques[109].

Les prémisses du besoin de conformation. Malgré la réforme, le spectre du délit de prise illégale d'intérêts demeure particulièrement large. Dans une logique de compliance, le maintien de ce risque étendu devrait conduire les administrations à aligner les indices retenus pour identifier et par extension prévenir les situations susceptibles de donner lieu à conflits d'intérêts sur les standards caractérisant la condamnation pénale y afférente, dans un mouvement

[101] CP, art. 432-12.
[102] HATVP, « Rapport d'activité 2020 », mai 2021, p. 50.
[103] J.-M. SAUVE, *ibid.*
[104] Rapport du Sénat, n°834, 15 sept. 2021, p. 14.
[105] B. QUENTIN, « Prise illégale d'intérêts : retour à l'orthodoxie ? », *JCP A*, 2022, n°4, 116 – S. DYENS, « La prévention des conflits d'intérêts après la loi 3DS », *AJCT*, 2022, n°5, p. 253.
[106] Crim. 5 avr. 2023, n°21-87.217, *AJDA* 2023, p. 693, obs. MAUPIN ; *D.* 2023, p. 688 ; *JA* 2023, n° 679, p. 3, édito. B. CLAVAGNIER ; *AJ Pénal* 2023, p. 240, obs. S. KANOUN.
[107] Crim., QPC, 19 mars 2014, n° 14-90.001 et Crim., QPC, 20 déc. 2017, n° 17-81.975.
[108] Crim., 5 avr. 2023, *préc.*
[109] F. KAPPEHLOFF LANCON, « Les délits d'ingérence et de prise illégale d'intérêts », *LPA*, 1995, n° 20, p.13.

finalement inverse à l'objectif recherché par le législateur. Toutefois, c'était sans compter sur l'éventuelle remise en cause du contenu et de la portée de certains de ces éléments.

B. La caractérisation à géométrie variable de la prise illégale d'intérêts

17. Rien ne change sauf circonstances (politiques) exceptionnelles. En partant du constat que rien ne change, il convient de considérer que la règle demeure celle d'une interprétation rigoriste et extensive du délit de prise illégale d'intérêts[110]. Il est donc indispensable d'anticiper cette infraction avant même sa réalisation, eu égard aux incidences funestes qu'elle emporte tant pour les responsables publics, que pour les autorités dont ils relèvent. Cette circonstance impose aux personnes concernées de prohiber tout lien, quel qu'en soit la nature, susceptible d'unir un intérêt étranger à l'intérêt général qu'elles sont en charge de représenter et de protéger. Selon le juge pénal, la preuve de cette union repose sur la combinaison de deux critères cumulatifs concernant la matérialité de l'infraction et l'intention de la personne qui en est à l'origine (**1**). La caractérisation exacte de cet élément intentionnel demeure, du moins dans certaines circonstances, sujette à caution, ce qui participe à renforcer le sentiment de flou autour de la réalité du risque pénal qui pèse sur les acteurs publics confrontés à des situations de conflit d'intérêts (**2**).

1. Les éléments classiques d'identification de la prise illégale d'intérêts

18. La caractérisation matérielle de la prise illégale d'intérêts. Sur le plan matériel, l'identification d'une prise illégale d'intérêts suppose qu'une personne ingère dans une entreprise – entendue au sens du droit des affaires comme désignant toute entité en charge d'une activité économique – ou une opération – plus simplement synonyme d'affaire – dont la conduite pourrait l'amener à abuser de ses fonctions publiques et donc à ne pas respecter les exigences de probité et de neutralité qui lui incombent[111]. Cette ingérence se traduit par des faits de surveillance, d'administration, de liquidation ou de paiement. Le juge considère extensivement ces différentes notions, ce qui lui permet d'englober tous les actes qui concourent à la gestion et/ou au contrôle d'un projet[112]. Ainsi, le fait pour un élu de prendre part à une délibération qui l'intéresse personnellement revient pour lui à surveiller l'opération

[110] J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La Cour de cassation apporte des précisions sur la portée de la dernière évolution légale du délit de prise illégale d'intérêts », *AJCT*, 2023, n°9, p. 505 ; obs. sous Crim. 5 avr. 2023, n° 21-87.217.
[111] Y. MULLER-LAGARDE, « Prise illégale d'intérêts », *ibid.*, pt. 20.
[112] S. DYENS, J. ROTIVEL, « Prise illégale d'intérêt : une simple réunion informelle peut caractériser la notion de surveillance » *AJCT*, 2021, n°3, p. 140.

litigieuse au regard des dispositions de l'article 432-12 du code pénal[113]. Au demeurant, aucune prise de décision n'est attendue[114]. Le fait de préparer, proposer, présenter des rapports, d'émettre des avis ou de participer à une réunion préfigurant une prise de décision par d'autres, sont assimilables à des activités de surveillance et d'administration[115]. Il en va ainsi de la participation à une commission préparatoire aux décisions de l'organe délibérant de sa collectivité[116] ou même du simple fait d'assister au vote d'une délibération[117]. En somme, la composante matérielle de l'infraction est constituée dès lors que l'intéressé n'a pas pris les mesures nécessaires pour se prémunir de l'interférence entre ses différents intérêts[118].

19. La caractérisation intentionnelle de la prise illégale d'intérêts. L'infraction de prise illégale d'intérêts suppose ensuite l'intentionnalité de son auteur, c'est-à-dire sa conscience de prendre ou conserver illicitement un intérêt dans une affaire soumise à sa surveillance ou son administration[119]. Cet élément intentionnel se déduit de la matérialité non contestée des faits, c'est-à-dire que sa démonstration est faite dès lors qu'il apparaît que la personne en cause a sciemment accompli l'acte matériel de l'infraction, en prenant ou en conservant un intérêt étranger à sa fonction publique dans une affaire qu'il est appelé à surveiller ou à contrôler[120]. A cet égard, il n'est pas nécessaire de prouver que l'intéressé ait agi selon une intention frauduleuse[121], ni *a fortiori* qu'il en retire un avantage particulier, de quelque nature que ce soit[122], les jurisprudences pénales et administratives se rejoignant d'ailleurs sur ce dernier point[123]. La prise illégale d'intérêts se trouve ainsi consommée du seul fait d'une apparence de partialité de l'intéressé, dont la volonté subjective ne rentre manifestement pas en considération. Lorsqu'il est avéré, l'abus de fonction s'apparente ainsi à une forme de « surconsommation » nullement indispensable pour caractériser ce délit[124].

20. Une infraction formelle. Conçu comme un « délit-obstacle », la prise illégale d'intérêts vise à sanctionner l'impartialité des acteurs du secteur public, eu égard à leurs

[113] Crim. 19 mai 1999, n°98-80.726, *D.* 2000, p. 124, obs. M. SEGONDS ; *RSC* 1999, p. 830, obs. J.-F. RENUCCI ; *RTD com.*, 1999, p. 1000, obs. B. BOULOC.
[114] Crim., 19 juin 2012, n°11-89.210.
[115] Crim. 19 nov. 2003, n°02-87.336, *D.* 2004, p. 2753, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE.
[116] Crim. 25 janv. 2006, n°05-84.782. V. ég., Crim., 14 nov. 2007, n° 07-80.220.
[117] Crim., 14 nov. 2007, n°07-80.220.
[118] Crim., 5 avr. 2018, n°17-87.912.
[119] Crim., 22 nov. 2001, n°00-87.532 ; D. 2003, n°4, p. 245.
[120] Crim. 27 nov. 2007, n°02-81581.
[121] Crim., 4 mars 2020, n°19-83.390.
[122] Rép. Min., n°1001, JOAN, 14 févr. 2023, p. 1416, *JCP A*, 2023, n°7, act. 139.
[123] CE, 12 juin 1996, n°146030.
[124] M. SEGONDS, « Les conflits d'intérêts en droit pénal… », *ibid.*

éventuels conflits d'intérêts, sans prendre en compte ni de leur motivation réelle, ni des conséquences effectives de leurs agissements[125]. Ce délit appartient ainsi à la catégorie des infractions formelles, en cela qu'il pénalise un comportement considéré comme néfaste indépendamment de tout objectif funeste[126]. Il s'ensuit qu'en pratique, l'intentionnalité de l'acteur public ayant illégalement pris un intérêt devrait être quasi-systématiquement retenue. Cette automaticité n'est cependant pas aussi évidente qu'il n'y parait.

2. Le trouble généré par la Cour de justice de la République

21. Une lecture singulière de l'intentionnalité. A rebours de la jurisprudence constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation, la Cour de Justice de la République[127] a, dans un arrêt rendu le 29 novembre 2023[128], développé sa propre conception de l'élément intentionnel inhérent au délit de prise illégale d'intérêts. Cette juridiction d'exception était alors appelée à juger la situation du Garde des Sceaux, Monsieur DUPOND-MORETTI, eu égard aux enquêtes administratives qu'il avait diligenté à l'endroit de quatre magistrats avec lesquels il avait eu maille à partir dans sa vie d'avocat, antérieurement à sa nomination à la tête du Ministère de la Justice. A cette occasion, la CJR a, de manière pour le moins surprenante, constaté qu'en dépit d'une situation objective de conflit d'intérêts susceptible de compromettre l'impartialité, l'indépendance et l'objectivité des décisions du ministre concernant des opérations qu'il était chargé de surveiller et d'administrer, par la même constitutive de l'élément matériel d'une prise illégale d'intérêts, l'infraction n'était pas consommée pour autant. Selon la CJR, il n'était pas établi que le ministre, dont ses collaborateurs et lui-même affirmaient qu'il n'était pas animé par un désir de vengeance[129], disposait d'une conscience suffisante du risque auquel il s'exposait[130]. En somme, Monsieur Dupond-Moretti n'a pas correctement appréhendé le conflit d'intérêts dont il faisait l'objet au moment de saisir l'inspection générale de la justice, mais faute d'une intention réelle de nuire – le motif de la

[125] S. PENEAUD, « Prise illégale d'intérêts : Dernier acte de la réforme avec la loi 3DS », *AJ Pénal*, 2022, n°6, p.305.
[126] Y. MULLER-LAGARDE, *ibid.*
[127] Ci-après CJR.
[128] CJR, 29 nov. 2023, DUPOND-MORETTI.
[129] § 140.
[130] § 141.

vengeance n'ayant pas été retenu – aucune condamnation ne pouvait être prononcée à son endroit[131].

22. Une décision doublement problématique. En faisant fi des solutions classiquement retenues par le juge pénal quant à la caractérisation de la composante intentionnelle du délit de prise illégale d'intérêts, la CJR a pris une décision problématique à deux égards. D'une part, parce qu'elle bat en brèche l'idée selon laquelle une personne expérimentée et/ou chargée d'un niveau élevé de responsabilité se trouve d'autant plus exposée au risque de se voir condamner. Dans le cas d'espèce, la Cour souligne que le Ministre « s'est contenté de suivre les avis exprimés »[132] et que son attention n'a pas été attirée sur sa situation objective de conflit d'intérêts, ce qui paraît un comble pour un ancien avocat pénaliste particulièrement renommé. D'autre part et peut être surtout, parce que cette solution témoigne d'une justice répressive à deux vitesses, selon que le prévenu se trouve traduit devant elle ou devant les tribunaux judiciaire de droit commun, sauf à admettre que tous les acteurs publics qui prennent ou concourent à prendre des décisions à propos d'affaires pour lesquelles ils se trouvent en situation objective de conflit puissent désormais se prévaloir d'une jurisprudence « Dupond-Moretti » consistant à arguer ne pas avoir suffisamment pris conscience du risque auquel ils s'exposaient afin d'être relaxés [133].

23. L'obscurcissement du droit des conflits d'intérêts. Plus généralement cette décision nuit à l'intelligibilité du droit des conflits d'intérêts. En synthèse, les grandes lignes qui suivent peuvent être dégagées. Le conflit d'intérêts désigne une *situation,* celle dans laquelle se trouve acteur public lorsque ses intérêts interfèrent de manière à influencer ou sembler influencer la façon dont il s'acquitte de ses responsabilités. La prise illégale d'intérêts définit et vient sanctionner un *comportement* tenant pour ce même acteur à prendre ou conserver un intérêt – dont la nature financière, matérielle, morale ou juridique importe peu – dans une affaire en dépit du conflit qui en résulte. En parallèle, un élu peut ne pas être considéré comme étant intéressé à une affaire, au regard du droit des collectivités, mais se voir condamner au titre du délit de prise illégale d'intérêts, pour lequel l'interférence résulte tout autant d'un antagonisme

[131] D. ROUSSEAU, « Un ministre de la justice à la conscience insuffisante ! », *Gaz. Pal*., 2023, n°41, p.1 ; D. IWEINS, « Prise illégale d'intérêts : Éric Dupond-Moretti relaxé par la CJR », *idem.*, 2023, n°40, p. 7 ; A. BLOCH, A. COTIGNAC, « La CJR relaxe Éric Dupond-Moretti, tout en pointant une situation objective de conflit d'intérêts », *Dalloz Actualité*, 30 nov. 2023 ; J. PADOVANI, « L'affaire Dupond-Moretti et l'irresponsabilité politique sous la V^e^ République », *D.*, 2023, n°44, p. 2247.
[132] § 136.
[133] R. MESA, « Les enseignements de la Cour de justice de la République relatifs au délit de prise illégale d'intérêts », *JCP A*, 2023, n°49, p. 2.

que d'une convergence des intérêts et dont l'élément intentionnel se trouve différentiellement appréciée entre les tribunaux judiciaires de droit commun et la CJR. Le manque de clarté est palpable. Afin d'y remédier, les administrations sont amenées à développer des normes internes qui adhèrent prioritairement à la jurisprudence pénale, considérant qu'elle emporte le risque le plus grand pour leurs ressortissants[134]. En outre, ce rapport entre flou juridique et besoin de conformité se retrouve singulièrement à l'endroit des conflits propres au secteur public.

II. Les difficultés propres aux conflits internes au secteur public

24. Une exception française. Contrairement à la définition des conflits d'intérêts initialement proposée par le rapport Sauvé[135], celle retenue par le législateur prohibe les interférences entre des intérêts publics distincts. Le conflit résulte alors du cumul d'un mandat ou d'une fonction publique avec un autre mandat ou une autre fonction. Si cette approche est cohérente avec la jurisprudence pénale, dans le prolongement de l'arrêt précité *Ville de Bagneux*, il n'en demeure pas moins qu'elle caractérise une singularité des règles françaises qui fait peser un risque tangible sur les responsables publics dans un pays où de nombreux cumuls de mandats sont autorisés[136], dont la décentralisation est souvent évoquée au travers l'image du « mille-feuille territorial » et où les organismes extérieurs qui gravitent autour des pouvoirs locaux ont tendance à se démultiplier[137]. A titre d'illustration, un maire s'est ainsi vu condamner en raison d'une délibération emportant cession d'un terrain communal à une société anonyme d'HLM dont il était administrateur bénévole, par l'effet de la loi[138], le juge pénal ne prenant en compte ni la grille de lecture constructive que la HATVP proposait pour ces situations[139], consistant à ne retenir la présence d'un conflit que dans les cas où les intérêts publics divergeaient[140], ni la jurisprudence administrative[141]. Conscient de ces difficultés et des risques y afférents, le législateur a entrepris de réformer les règles applicables aux conflits public/public[142]. Il en résulte un régime de présomption simple (**A**), assortie d'un double mécanisme de neutralisation (**B**), qui échoue à dissiper toutes les incertitudes sur le sujet.

---

[134] S. DYENS, P. VILLENEUVE, *ibid.* V. ég., A. ADERNO, V. CADOUX, A. DELESCLUSE, M. GOUPIL, *ibid.*
[135] Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts, préc., p. 19 et 112.
[136] HATVP, Le conflit d'intérêt public-public, une exception française, 6 déc. 2017.
[137] Ph. DELELIS, « Conflits d'intérêts et commande publique », *CMP*, 2023, n°2, p. 34.
[138] Crim., 27 juin 2018, n°16-86.256.
[139] HATVP, Guide déontologique II, févr. 2021.
[140] E. UNTERMAIER-KERLEO, « Le traitement du conflit d'intérêts par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique », *AJCT*, 2021, n°7-8, p. 357.
[141] CE, 24 juin 1988, n°76935.
[142] S. DYENS, « La prévention… », *ibid.*

A. Un régime de présomption simple d'absence de conflits d'intérêts

25. Les apports de la loi 3DS. C'est à l'occasion de la loi 3DS[143], dont l'éthique publique est l'un des volets majeurs[144], que les parlementaires suivant un amendement sénatorial ont cherché à neutraliser les antagonismes concernant les relations entre entités relevant du secteur public, entendu *lato sensu*, au travers un dispositif alors envisagé comme le complément direct de la réforme de la prise illégale d'intérêts intervenue quelques mois auparavant dans la loi précitée du 22 décembre 2021. Concrètement, l'article L. 1111-6 du CGCT pose désormais dans son I le principe selon lequel les représentants désignés pour siéger au sein des organes dirigeants d'une personne morale, de droit public ou de droit privé, à laquelle leur collectivité ou groupement de rattachement participe par application de la loi, sont présumés ne pas poursuivre un intérêt délictueux lorsqu'ils prennent part aux délibérations concernant les rapports entre la collectivité ou le groupement et l'organisme extérieur, mais également de manière inverse, aux décisions dudit organisme à l'endroit de la collectivité ou du groupement dont il est issu[145]. La loi sécurise ainsi la « double-casquette » de ces représentants, en soulignant que cette circonstance n'est pas en soi suffisante pour considérer qu'ils se trouvent en conflit d'intérêts[146]. Cette disposition traduit l'existence d'un régime de présomption simple dont il convient de préciser la portée (**1**) pour mieux en saisir les limites (**2**).

1. La protection des représentants désignés en application de la loi

26. Les bénéficiaires de la présomption. Le texte vise « les représentants », c'est-à-dire les personnes chargées de représenter des collectivités ou groupements de collectivités au sein des instances dirigeantes d'un organisme extérieur[147]. Deux observations en découlent. D'abord, cette présomption ne concerne pas uniquement les élus locaux. Faute de disposition contraire – de nature législative, réglementaire ou statutaire – qui lui imposerait de choisir l'un de ses élus, il est loisible pour l'assemblée délibérante d'une entité décentralisée de désigner une personnalité qualifiée, qui ne bénéficie pas d'un mandat électif en son sein, pour la représenter dans un de ses opérateurs satellitaires[148]. En somme, il se comprend que la protection instituée par le I de l'article L. 1111-6 du CCGT s'étend à toutes les personnes, y

[143] L. 3DS, art. 217.
[144] Y. BENRAHOU, F. JOURDAN, « La déontologie : 4e dimension de la loi 3DS », *JCP A*, 2022, n°12, p. 41.
[145] S. PENAUD, « Prise illégale d'intérêts : dernier acte de la réforme avec la loi 3DS », *AJ Pénal*, 2022, n°6, p. 305.
[146] X. DELPECH, *ibid.*
[147] S. DYENS, « La prévention… », *ibid.*
[148] Rep. Min., JO Sénat, 1er juin 2006, p. 1550 et 27 juill. 2006, p. 2016. V. ég., J.-F. KERLEO, « Participation des élus locaux… », *ibid.*

compris les citoyens et les agents, désignées pour assurer cette mission de représentation[149]. Ensuite, il faut certainement prendre au sens large la mention des « organes décisionnels ». Si cette notion ne fait pas l'objet d'une définition propre en droit positif, il se conçoit aisément qu'elle regroupe tous les appareils représentatifs dotés d'un pouvoir de direction et de contrôle, incluant notamment les conseils d'administration, de surveillance et les assemblées générales. En creux, cette précision semble indiquer que la question de la mise en œuvre d'une éventuelle présomption n'a pas lieu d'être posée pour les représentants qui se trouvent dans des instances strictement consultatives.

27. Des représentants désignés en application de la loi. En outre, le régime de présomption instauré par loi 3DS ne vaut que pour les représentants désignés par leur collectivité ou groupement « en application de la loi ». Le législateur n'a cependant pas pris le soin de préciser cette expression. C'est donc la HATVP – dont la doctrine fut ensuite confortée sur ce point par la Direction Générale des Collectivités Locales[150] – qui en s'inspirant des travaux parlementaires est venue donnée son interprétation pour le moins libérale du texte, au travers de deux délibérations qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi 3DS[151]. Cette expression viserait ainsi deux situations[152]. Soit, logiquement, celle où la loi prévoit *explicitement* que la collectivité ou le groupement doit être représenté au sein d'un organisme extérieur. Tel est par exemple le cas en ce qui concerne les entreprises publiques locales que sont les SEM, les SPL et les SEMOP[153]. Soit, et c'est là le principal apport de cette doctrine, lorsque la loi implique *nécessairement* cette représentation[154], ce qui est le cas dès lors que le législateur rend possible la participation d'une collectivité ou d'un groupement dans un organisme extérieur, sans pour autant l'organiser[155]. Le régime de neutralisation partielle se trouve ainsi étendu aux groupements d'intérêts publics[156], aux établissements publics de coopération culturelle, à ceux de coopération environnementale, mais également à certains organismes associatifs, comme

[149] CGCT, art. L. 2121-33 (pour les communes), L. 3121-23 (pour les départements) et L. 4132-22 (pour les régions).
[150] DGCL, Foire aux questions, Prévention des conflits d'intérêts – Règles applicables résultant de la réforme de la loi 3DS, Mai 2023.
[151] S. DYENS, J. ROTIVEL, « Prévenir les risques dans les structures publiques », *Les cahiers juridiques de La Gazette*, 2023, n°254, p. 27 – F. JOURDAN, V. TABONE, « Conflits d'intérêts publics : la HATVP éclaire les zones d'ombres subsistantes après la loi 3DS », 2023, n°27, p. 22.
[152] Délibération n°2022-465 du 29 nov. 2022.
[153] CGCT, art. L. 1524-5.
[154] Délibération n°2022-150 du 3 mai 2022.
[155] S. PENEAUD, *ibid.*
[156] Rapp. n°723, *préc.*, p. 253.

les agences locales de l'énergie et du climat[157], les agences d'urbanisme[158] ou encore à celles consacrées aux informations sur le logement[159].

28. Quid des représentants désignés réglementairement. En revanche, la HATVP ne s'est pas directement positionnée sur l'hypothèse où c'est un texte de valeur réglementaire qui organise la participation d'une entité décentralisée au sein d'un organisme extérieur. Tel est par exemple le cas concernant les parcs nationaux dont la création, les statuts et les membres sont décidés par décret en Conseil d'Etat[160]. Il semble possible de considérer que puisque c'est la loi qui prévoit l'existence de ce type d'établissement public[161], c'est bien qu'elle implique nécessairement la représentation des personnes publiques identifiées par les décrets pris sur son fondement[162]. Néanmoins, cette lecture constructive n'étant pas encore confortée, la prudence reste de mise. Cet impératif de vigilance est d'ailleurs renforcé au regard des limites de ce régime de présomption.

2. Les limites du nouveau régime de présomption

29. Les situations implicitement non couvertes. Une lecture contrastée du I de l'article L. 1111-6 du CGCT met en lumière trois situations que la protection principielle qu'il instaure ne couvre pas. D'abord, n'est pas éligible le responsable public qui siège à titre personnel, c'est-à-dire en dehors de tout mandat exprès, dans un organisme extérieur auquel son institution de rattachement participe en application de la loi[163]. De la même manière, n'est pas davantage éligible la personne mandatée pour représenter une entité décentralisée au sein des instances dirigeantes d'un satellite dans lequel ladite entité s'est impliquée de son propre chef, c'est-à-dire sans ancrage textuel, comme c'est notamment le cas des associations de droit commun constituées sur le fondement de la loi du 1er juillet 1901[164]. A cet endroit, il est constant que la jurisprudence précitée *Ville de Bagneux*, demeure d'actualité[165]. Enfin, le I de l'article L. 1111-

[157] C. énergie, art. L. 211-5-1.
[158] C. urb., art., L. 132-6.
[159] CCH, art. L. 366.
[160] V. par ex., D. n°2012-507 du 18 avril 2012 créant le Parc national des Calanques.
[161] C. env., L. 331-2.
[162] S. PENEAUD, *ibid.*
[163] Il est également possible de penser à la situation d'un élu qui cumulerait deux mandats locaux –l'un communal et l'autre départemental par exemple – et qui siègerait au sein d'un organisme extérieur afin d'y représenter le département par effet de la loi. Dans ces conditions, il bénéficiait de la présomption instaurée par le I de l'article L. 1111-6 du CGCT pour les relations entre le département et cet organisme, mais pas pour celles entre ce dernier et sa municipalité. Il en résulte une certaine schizophrénie qui n'est franchement pas à l'avantage des élus en situation de cumul de mandats.
[164] Délibération n°2022-465, *préc.*
[165] S. DYENS, « La prévention… », *ibid.*

6 ne vise explicitement qu'un type d'acte en particulier. Il s'agit des décisions collégiales, soit celles prises par l'assemblée délibérante de la collectivité ou du groupement, soit celles adoptées par l'instance dirigeante de l'organisme extérieur. En creux, cette précision implique logiquement que les décisions de nature individuelle, à l'instar de la signature d'arrêtés ou de conventions ne sont pas couvertes. A l'égard des personnes bénéficiant d'une délégation leur permettant de connaître ces actes, l'éventualité d'un conflit d'intérêts public/public n'est donc pas neutralisée[166].

30. Le caractère réfragable de la présomption. Outre ces limites, c'est surtout le caractère simple et par extension réfragable du régime de présomption institué par le I de l'article L. 1111-6 qui continue de faire peser sur les représentants susmentionnés le risque qu'ils puissent être considérés comme étant en conflit d'intérêts, avec les conséquences administratives et pénales qui peuvent en résulter. S'il est établi que les personnes en cause tirent de leur représentation, qui découle pourtant de la loi, un avantage personnel, étranger et surtout contraire aux intérêts de la collectivité ou du groupement dont ils sont chargés de défendre les intérêts, une situation de conflit devrait logiquement être caractérisée[167]. Ceci se comprend en creux de la précision apportée par le législateur, lorsque l'article L. 1111-6-I du CGCT indique que ces personnes mandatées ne doivent pas être considérées en situation du conflit d'intérêts « du seul fait de cette désignation », ce qui n'écarte pas qu'elles puissent potentiellement l'être en raison de circonstances qui leurs sont propres. L'avènement de la loi 3DS n'a donc pas eu pour effet de modifier ni le périmètre des règles relatives à la prévention des conflits d'intérêts posées par la loi du 11 octobre 2013, ni a *fortiori* celui du délit de prise illégale d'intérêts, de sorte que l'évaluation au cas par cas des risques d'interférence doit rester la règle[168]. La situation des personnes légitimement en charge de plusieurs intérêts publics n'est donc pas définitivement sécuriser. Ce constat est d'autant plus cinglant en raison des incertitudes qui entourent les exceptions et autres dérogations posées par les II et III de l'article L. 1111-6 du CGCT.

[166] M. GOUPIL, « Redéfinition de la prise illégale d'intérêts : chronique d'un échec », *Le courrier des maires*, 2023, n°373, p. 46.
[167] S. PENAUD, *ibid.*
[168] S. DYENS, « La prévention… », *ibid.*

B. Un mécanisme de neutralisation en double détente

31. La présomption et la neutralisation. L'article 217 de la loi 3DS, ne s'est pas contenté d'instaurer un régime de présomption simple concernant l'absence de conflit d'intérêts entre entités du secteur public. Si le I de l'article L. 1111-6 du CGCT pose désormais le principe général de cette neutralisation, sa portée se trouve ensuite déclinée et précisée dans deux dispositions subséquentes. Il en ressort un mécanisme en double détente, loin de procéder à la simplification pourtant promise par le législateur et le gouvernement. Ainsi, le II de cet article énonce un ensemble d'exceptions concernant le champ d'application matériel de la présomption énoncée au I, en indiquant qu'il ne couvre pas toutes les décisions collectives prises par les représentants désignés en application de la loi au sein d'un satellite. En dépit de l'énumération limitative dont ses actes exclus, principalement en raison de leur dimension financière, font l'objet, des interrogations demeurent quant à la portée exacte de cette exception et de ses implications (**1**). En outre, le III qui clôture cet article introduit une dérogation d'ordre organique au II, en écartant spécifiquement son application à l'endroit de certaines relations public/public. A l'égard de ces règles dérogatoires également, des points essentiels restent en suspens (**2**).

1. Une exception induisant une neutralisation partielle

32. Les actes non-couverts par la neutralisation partielle. Le II de l'article L. 1111-6 du CGCT vient préciser que le régime de présomption instauré au I ne vaut que pour certaines des décisions collectives susvisées[169]. Concrètement, les représentants concernés sont présumés ne pas se trouver en situation de conflits d'intérêts, sauf dans les trois hypothèses qui suivent. Soit l'acte porte sur l'attribution d'un contrat de la commande publique, d'une garantie d'emprunt ou d'une aide de toute nature à la structure satellitaire. Soit il est question pour les élus de participer à une commission d'appel d'offres ou à une commission concessions à l'occasion desquelles la proposition d'une structure satellitaire serait examinée. Soit, plus classiquement, il s'agit pour le représentant de voter sa désignation et/ou rémunération au sein d'une telle entité. Dans ces différentes situations, les mandataires concernés se trouvent dans l'obligation de se déporter, c'est-à-dire de s'abstenir de connaître du ou des dossiers à l'origine de l'interférence litigieuse et de déléguer l'exercice de leur fonction à des suppléants, désignés par l'organe délibérant de leur collectivité ou groupement, auxquels ils s'interdisent d'adresser

[169] CGCT, art. L. 1111-6, II.

la moindre instruction[170]. En revanche, le texte prévoit qu'ils peuvent continuer à siéger lorsque la délibération vise le vote du budget de l'organisme ou une dépense obligatoire, consistant en l'acquittement des dettes échues, certaines, liquides, non sérieusement contestées dans leur principe et leur montant ou en des dépenses expressément décidées par la loi[171].

33. La portée de l'obligation de déport. Une précision s'impose quant au degré d'implication nécessitant l'abstention du représentant. Si la loi vise uniquement le moment du vote, incluant en creux celui du débat qui le précède, elle ne dit rien concernant la chaîne des étapes qui précèdent l'instant clef de la délibération. Pour autant, il est constant, tant au regard de la jurisprudence[172], qu'à l'endroit de la doctrine administrative[173] que l'obligation de déport s'étend à l'ensemble du processus décisionnel. Concrètement, l'abstention de l'intéressé doit être inscrite au procès-verbal de la réunion ou de la séance et se traduire, de préférence, par une sortie de salle afin d'éviter tout risque de confusion[174]. En outre, un arrêté consignant le déport doit être établi s'agissant d'élus titulaires d'une délégation de signature[175]. A défaut de telles précautions, un conflit d'intérêts pourrait être établi et par extension, un délit de prise illégale d'intérêts constitué[176]. Dans une décision rendue le 23 mars 2023, le tribunal administratif de Lyon a ainsi annulé une délibération du Conseil de la Métropole de Lyon, rapportée et votée par son Président, qui avait notamment pour objet de désigner l'oncle de ce dernier en tant que représentant métropolitain au sein du conseil d'administration de l'OPH Grand Lyon habitat. Pour le juge, si ce lien de parenté ne faisait pas en lui-même obstacle à cette désignation, il impliquait cependant d'organiser le déport du président de toute décision afférente à son oncle. En l'absence de ce déport, la délibération a donc été jugée illégale, entraînant par la même l'annulation de l'élection subséquente au terme de laquelle le conseiller en cause avait obtenu la présidence de l'OPH[177].

34. La question du quorum. Afin que les obligations de déport qui s'imposent en application du II de l'article L. 1111-6 du CGCT n'engendrent pas de difficultés pratiques

[170] L. n°2013-907 du 11 octobre 2013, art. 2, I, 2°.
[171] CE, 17 déc. 2003, n°249089.
[172] CE, 12 oct. 2016, n°388232. V. not., pour la jurisprudence pénale, Crim. 20 janv. 2021, n°19_86.702.
[173] Obs' Smacl, « Prise illégale d'intérêts : du nouveau pour les élus locaux », 7 déc. 2022.
[174] Rép. Min., n°02818, JO Sénat du 2 février 2023, p. 728. V. ég., E. UNTERMAIER-KERLEO, P. VILLENEUVE, L. BRUNET, « Chronique de déontologie de la vie publique locale », *JCP A*, 2023, n°41, p. 14, pt. 29.
[175] D. n°2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, art. 6.
[176] CE, 30 janv. 2020, n°421952, *AJDA*, 2020, p. 1666, note O. GOHIN, *AJCT*, 2020, p. 366, obs. P. VILLENEUVE.
[177] TA Lyon, 23 mars 2023, n°2006963, *JCP A*, 2023, 2221, concl. R. REYMOND-KELLAL ; *ibid*., 2023, 2222, comm. P. VILLENEUVE.

concernant le quorum au sein des assemblées délibérantes et autres commissions, les nouvelles règles étant susceptibles de conduire à des cas où une délibération pourrait ne pas être votée par une assemblée en raison d'un nombre trop important d'élus en situation de conflits d'intérêts, la loi 3DS est venue modifier l'article L. 2131-11. Ce dernier prévoit désormais que les représentants intéressés « ne sont pas comptabilisés, pour le calcul du quorum, parmi les membres en exercice du conseil municipal ». Concrètement, le quorum est désormais calculé en prenant uniquement en compte les élus qui ne sont pas intéressés à l'affaire problématique et qui peuvent donc à bon droit prendre part à son vote[178]. La question du maintien des rapports politiques reste tout de même en suspens, le nouveau dispositif ne prévoyant rien dans l'hypothèse où le déport des élus de la majorité serait tel qu'il conduirait à bouleverser l'équilibre de l'instance, au bénéfice de ceux issus de la ou des minorités d'opposition[179].

35. Les limites du champ matériel de la présomption. A bien y regarder, les contours de cette neutralisation partielle manque de clarté. Alors même que le texte se veut manifestement exhaustif, la situation de certains actes questionne. Si le texte vise l'attribution des contrats de la commande publique, qu'en est-il des éventuels avenants y afférents ? Qu'en est-il également des protocoles transactionnels qui peuvent résulter de difficultés dans l'exécution de ces contrats ? De même, quelle attitude adopter pour les représentants à l'endroit des délibérations organisant la vente ou la location[180] de certains biens entre la collectivité ou le groupement qu'ils représentent et l'organisme extérieur dans lequel ils siègent ? Faut-il s'en tenir à une lecture littérale de la loi et considérer qu'aucune mesure de déport ne s'impose puisque ces hypothèses ne sont pas explicitement listées ou est-il au contraire nécessaire de retenir l'esprit du texte qui semble chercher à écarter du régime de présomption partielle toutes les affaires ayant une incidence financière ? A défaut de jurisprudence, ni *a minima* de délibération de la HATVP sur le sujet et au regard des potentielles implications sur le plan pénal, les pouvoirs locaux sont logiquement appelés, dans une logique de compliance, à retenir l'esprit du texte et donc à se montrer particulièrement vigilants. Cet état constant de veille s'observe également à propos des règles fixées par le III de l'article L. 1111-6 du CGCT.

[178] Si cette précision n'a été apporté qu'à l'endroit des communes, il est plus que probable qu'elle trouve également à s'appliquer aux autres pouvoirs décentralisés, étant donné que les dispositions de l'article L. 2131-11 s'appliquent à toutes les collectivités, ainsi qu'à leurs groupements.
[179] S. DYENS, « La prévention… », *ibid.*
[180] Il est ici question des actes de cession sans rabais sur le prix et de location qui ne sont pas consentis à des conditions plus favorables que celles du marché. Et pour cause, les ventes au rabais et les locations à des conditions plus favorables doivent être considérées comme des formes d'aides publiques à la lecture du II de l'article L. 1111-6 du CGCT.

2. Une dérogation impliquant une neutralisation complète

36. Les organismes directement visés par la loi. Conformément aux recommandations de la HATVP[181], l'article 217 de la loi 3DS établit une neutralisation générale des conflits d'intérêts concernant la situation des représentants des collectivités ou de leurs groupements qui siègent au sein des organes décisionnels d'un autre groupement de collectivités[182]. En premier chef, cette règle vise les rapports entre les communes et leurs intercommunalités, mais également entre ces entités et toutes les autres structures de coopération locales, les syndicats notamment[183], auxquelles l'une ou l'autre peuvent prendre part[184]. Par ailleurs, le législateur a également étendu, de manière explicite, cette neutralisation aux situations dans lesquelles des représentants sont désignés pour siéger au sein des organes dirigeants des centres communaux[185] ou intercommunaux[186] d'action sociale, ou encore dans ceux des caisses des écoles[187]. Dans ces différentes occurrences, aucune mesure de déport n'est requise.

37. Les précisions apportées par la HATVP. Cette liste de cas, qui se présente pourtant comme exhaustive, a été complétée par la HATVP au travers les deux délibérations précitées[188]. En premier lieu, la Haute Autorité a pris le parti de considérer que les élus locaux désignés pour représenter leur collectivité ou groupement au sein des conseils d'exploitation ou d'administration des régies personnalisées qui en émanent, peu importe qu'elles aient en gestion un service public administratif ou industriel et commercial, ne devraient en principe pas se trouver en situation de conflit d'intérêts[189]. Il en irait de même concernant la participation aux organes dirigeants d'une personne morale de droit public chargée d'une mission de service public administratif, tel que c'est notamment le cas des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel ou bien encore des services départementaux d'incendie et de secours[190]. Dans ces deux hypothèses, la HATVP semble considérer, de manière conforme au positionnement du juge administratif[191], que les organismes susvisés ne sauraient, en raison de leur nature, poursuivre un intérêt public distinct de celui de la collectivité ou du

[181] HATVP, Guide déontologique II - Contrôle et prévention des conflits d'intérêts, p. 25.
[182] CGCT, art. L. 1111-6-III.
[183] CGCT, art. L. 5111-1.
[184] M. GOUPIL, *ibid.*
[185] CASF, art. L. 123-4.
[186] *Ibid*., art. L. 123-4-1.
[187] C. éduc., art. L. 212-10.
[188] S. DYENS, « Éthique publique… », *ibid*. Sur ce point, il est intéressant de souligner que, sans l'infirmer, la DGCL ne corrobore pas explicitement cette lecture extensive de la HATVP dans sa FAQ.
[189] Délibération n° 2022-150, *préc.*
[190] Délibération n°2022-465, *préc.*
[191] CAA Versailles, 3 mai 2008, n°07VE00923, *JCP A*, 2008, 2239, note J. GRAND D'ESNON ; *AJDA*, 2008, p. 1676.

groupement dont ils sont issus[192]. Il n'y aurait alors aucun risque de conflit tant que les représentants concernés exercent leur mission gratuitement[193] et qu'ils ne se trouvent pas en mesure de retirer un avantage personnel de leur représentation [194]. C'est pourquoi elle ne préconise un déport que dans l'hypothèse spécifique d'une délibération afférente à la rémunération du représentant désigné[195].

38. La problématique des rapports entre collectivités. Cette interprétation extensive ne parvient cependant pas à effacer la principale aporie de la réforme introduite par la loi 3DS concernant les conflits d'intérêts susceptibles de découler d'un cumul de mandats ou de fonctions au niveau local. Si le législateur s'est prononcé sur la situation particulière, évoquée précédemment, des rapports entre les collectivités et leurs groupements, ou entre deux groupements, il est en revanche demeuré silencieux sur les relations entre collectivités. Pourtant, le juge pénal ne se prive pas de considérer qu'un intérêt de nature politique peut faire l'objet d'une sanction au titre de la prise illégale d'intérêts[196]. En l'absence d'éclairage sur le sujet et considérant que ces situations de cumul ne sont pas imposées mais seulement autorisées par la loi, la solution la plus sécurisée et qui est d'ailleurs celle retenue par la DGCL[197] consiste, pour les élus concernés, à se déporter systématiquement de toutes les affaires susceptibles de générer une interférence entre les intérêts publics qu'ils représentent. De manière moins radicale, il semble possible d'envisager, suivant la doctrine de la HATVP, que le déport systématique des responsables en cause ne devrait s'imposer qu'en cas de divergence entre leurs intérêts publics, ce qui ne concernerait que deux catégories d'actes. D'une part, ceux dont l'adoption aboutirait à leur accorder un avantage sur le plan politique, *a fortiori* dans la perspective d'une échéance électorale. D'autre part, ceux dont l'adoption porte sur les décisions financières listées au II de l'article L. 1111-6 du CGCT, dont les limites ont été exposées *supra*[198].

39. La risque de blocage de la vie démocratique locale. Si cette solution médiane était finalement retenue par les juges, elle aurait pour effet de conforter la position des élus concernés par un cumul de mandats, prévenant ainsi l'éventualité d'une paralysie de la vie démocratique locale qui pourrait résulter d'une lecture trop rigoureuse des conflits d'intérêts

[192] P. TIFINE, « Service public local – Régie personnalisée », *JCL CT*, Fasc. 580, pt. 109.
[193] CGCT, R. 2122-10.
[194] CGCT, R. 2122-8.
[195] Délibération n° 2022-150, *préc.*
[196] Crim., 29 juin 2011, n°1087498.
[197] DGCL, FAQ, *préc.*
[198] S. DYENS, J. ROTIVEL, « Prévenir les risques… », *ibid.*

propres au secteur public[199]. Pour l'heure néanmoins, la prudence est souhaitable, de sorte que l'abstention des personnes concernées devrait rester la norme. Plus généralement, il convient de souligner le caractère relatif des précisions apportées par la HATVP et dans une moindre mesure la DGCL, dont les doctrines ne font pas la jurisprudence répressive et dont le contenu doit donc être considéré avec un certain recul[200]. Dans ces conditions, force est de constater qu'en dépit de ses efforts de clarification, la loi 3DS a échoué à définitivement sécuriser la situation des personnes légitimement en charge de plusieurs intérêts publics.

Conclusion

Une appréhension renouvelée de l'éthique dans le secteur public. Le droit français des conflits d'intérêts poursuit une finalité précise. Il tend à préserver l'intérêt général en garantissant la transparence et l'impartialité des pouvoirs publics et en conservant par la même la confiance des citoyens quant à la légitimité de leurs actions. A cet effet, il fait peser des risques d'ordre déontologique, administratif et surtout pénal sur les acteurs du secteur public. Si le fait pour ces derniers de posséder des intérêts distincts n'est pas répréhensible en soi, ils sont en revanche appelés à adopter un comportement proactif afin de veiller en permanence au caractère régulier de leur situation personnelle et remédier, le cas échéant, aux éventuelles interférences problématiques qui pourraient en résulter. Conscient qu'en la matière il est désormais préférable d'anticiper plutôt que de réprimer, le législateur œuvre depuis 2013 dans le sens de cette approche préventive des conflits d'intérêts. D'abord en définissant cette notion, puis en essayant de réformer la portée du dispositif attaché à son pendant répressif que constitue le délit de prise illégale d'intérêts et dernièrement en cherchant à clarifier les règles applicables aux relations public/public. En dépit de ces efforts, certaines incertitudes inhérentes à une discipline juridique qui cherche à encadrer un objet aussi protéiforme et politique n'ont pas été dissipées, induisant une responsabilisation accrue des élus et des agents. Aussi, c'est de manière somme toute logique que les institutions qu'ils incarnent soient invitées à progressivement s'engager sur la voie de la compliance, en se dotant de normes internes, conçues de préférence sur les standards posés par la jurisprudence pénale, dans le double objectif de combler les failles du droit positif et par extension de garantir pleinement la probité de leurs ressortissants. Dans ces circonstances, les administrations ne sont plus seulement les

[199] S. DYENS, « La prévention des conflits d'intérêts après la loi 3DS », *ibid.*
[200] M. GOUPIL, *ibid.*

garantes de l'intérêt public, mais également celles du développement et de la préservation de leur propre éthique.
