

COMPLIANCE

# L'appréhension du conflit d'intérêts par les acteurs publics

**Dans le foisonnement de normes liées à la déontologie au sein du secteur public, la gestion des conflits d'intérêts constitue l'une des pierres angulaires de la prévention des atteintes à la probité.**



Par Muriel Fayat, associée,

Pendant longtemps, la France s'est contentée du volet répressif des conflits d'intérêts à travers les infractions de trafic d'influence ou de la prise illégale d'intérêt. Avec la poursuite vertueuse de politiques de prévention de la corruption et au prix de scandales retentissants, la France s'est progressivement dotée d'instruments destinés à prévenir les conflits d'intérêts des acteurs publics.

## Systématisation et durcissement des mécanismes

Dans la foulée de l'affaire Cahuzac, le régime de la prévention des conflits d'intérêts dans la sphère publique a été remanié et la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) a été créée. Les lois de 2013 ont systématisé et durci les mécanismes de prévention des conflits d'intérêts allant jusqu'à externaliser leur contrôle.

De nouvelles règles ont ainsi été imposées ou modifiées. Le registre des déclarations à la HATVP ne porte plus seulement sur le patrimoine, mais également sur les intérêts des personnes concernées de façon à détecter les situations de conflit<sup>1</sup>. Les emplois familiaux ont été réglementés. Les départs des élus et des fonctionnaires font l'objet d'obligations.

## Définition du conflit d'intérêts dans la sphère publique

En 2013, pour la première fois en droit français, la loi du 11 octobre définit la notion de conflit d'intérêts dans la sphère publique : «Toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts

publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction.»

Trois critères sont dégagés pour qualifier le conflit d'intérêts : (i) le responsable public doit détenir un intérêt qui peut être direct ou indirect, public ou privé et matériel ou moral, (ii) cet intérêt doit interférer avec l'exercice d'une fonction publique et (iii) cette interférence doit influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction.

L'appréhension de la situation de conflit d'intérêts passe dès lors par l'évaluation de l'intensité de cette «interférence» qui peut être marginale et négligeable ou au contraire sensible et dirimante.

## Le conflit d'intérêts public-public

Avec cette définition, la loi française se singularise. Les cumuls étant une pratique assez courante en France, elle envisage l'hypothèse d'un conflit entre deux intérêts publics, ce qui a amené la HATVP à préciser la doctrine à cet égard<sup>2</sup>. Le conflit d'intérêts public-public peut s'envisager dans le cadre d'un cumul autorisé

de mandats électifs ou d'activités pour différentes institutions publiques.

Pour tous les fonctionnaires, la loi de 2016 a introduit un nouvel article au Code de déontologie des fonctionnaires. Il reprend la définition de la loi de 2013 en y ajoutant le comportement à adopter en cas de conflit d'intérêts : «A cette fin, le fonctionnaire qui estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts : 1° Lorsqu'il est placé dans une

**Si les conflits d'intérêts sont clairement identifiés comme vecteur de risques de corruption, la loi Sapin 2 n'en donne pas, pour autant, de définition pour la sphère privée. Elle ne fait pas de leur prévention un outil autonome des huit obligations listées à son article 17.**

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 ; 2° Lorsqu'il a reçu une délégation de signature, s'abstient d'en user ; 3° Lorsqu'il appartient à une instance collégiale, s'abstient d'y siéger ou, le cas échéant, de délibérer ; 4° Lorsqu'il exerce des fonctions juridictionnelles, est suppléé selon les règles propres à sa juridiction ; 5° 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.»

En instituant une obligation de prévention de la corruption, la loi Sapin 2 a prévu le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA) sur les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et sociétés d'économie mixte, associations ou fondations reconnues d'utilité publique.

L'AFA a lancé une vague de contrôles pour l'année 2020<sup>3</sup> concernant les collectivités pour vérifier la mise en place des huit piliers du dispositif de conformité prévu par la loi Sapin 2. Elle a publié en juin 2020 un guide de recommandations pour maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public. Elle recommande, notamment, l'établissement d'une cartographie des risques d'atteinte à la probité lors de l'achat public, la formation des acteurs de l'achat public au risque de conflit d'intérêts et la mise en place d'audits internes.

### Un domaine à risque : la commande publique

Certains domaines sont en effet plus à risque que d'autres. C'est le cas de la commande publique<sup>4</sup>. Il importe, donc, que les instruments mis en place abordent concrètement et de manière illustrée les situations de conflits d'intérêts. A cet égard, il appartient au pouvoir adjudicateur de prendre les mesures propres à prévenir efficacement et à corriger les conflits d'intérêts lors des procédures de passation de marché<sup>5</sup>.

Si les conflits d'intérêts sont clairement identifiés comme vecteur de risques de corruption, la loi Sapin 2 n'en donne pas, pour autant, de définition pour la sphère privée. Elle ne fait pas de leur prévention un outil autonome des huit obligations listées à son article 17.

### Approche transversale de prévention des conflits d'intérêts

La loi Sapin 2 et l'AFA abordent cette question de manière transversale dans le Code de conduite des

acteurs publics. Ce dernier doit «afficher la reconnaissance par l'organisation, des risques portés par le conflit d'intérêts et sa volonté de les circonscrire». La cartographie des risques, l'évaluation des tiers ou la formation doivent permettre de détecter et évaluer les situations de conflit d'intérêts. La prévention des conflits d'intérêts irrigue donc toute la politique de prévention de la corruption.

L'AFA rappelle que le Code de conduite des acteurs publics doit être précis et adapté aux risques identifiés par la cartographie des risques. Cette dernière fixe les règles de comportement face aux situations concrètes, notamment en définissant le conflit d'intérêts et organise le déport dans les dossiers intéressant soi-même, des ascendants, des descendants, des collatéraux et/ou des connaissances.

En janvier dernier, le gouvernement français a adopté un plan pluriannuel de lutte contre la corruption sur la période 2020-2022, dont deux des quatre objectifs sont de former et sensibiliser les agents publics et de renforcer les dispositifs de prévention au sein des administrations.

Il importe donc aujourd'hui, que les acteurs publics maîtrisent parfaitement la diversité des situations qui peuvent caractériser un conflit d'intérêts de même que les règles à appliquer pour les prévenir et les gérer dans le respect de la déontologie publique. ■



**et Camille Potier,  
associée, Chatain  
& Associés**

1. Ainsi en 2019, 2 290 déclarations d'intérêts ont été déposées auprès de la HATVP. Selon la haute Autorité, 189 d'entre elles présentaient un risque de conflit d'intérêts et ont été soumises à un examen approfondi.

2. La HATVP avait annoncé un guide du conflit d'intérêts pour 2020, non encore publié.

3. En 2019 sur les 36 contrôles d'initiatives de l'AFA, 16 ont porté sur des acteurs publics.

4. Au sens du Code de la commande publique : constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché (article L. 2141-10 Code de la commande publique) – voir aussi l'article 24 de la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

5. CJUE, 12 mars 2015, eVigilo Ltd, aff. C 538/13, §35 : «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. Un tel conflit d'intérêts est donc susceptible de constituer une violation de l'article 2 de la directive 2004/18.»