

**Délibération n° 2022-150 du 3 mai 2022
relative à la demande d’avis déontologique de Monsieur Alain Anziani**

LA HAUTE AUTORITE POUR LA TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE,

Vu :

- la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ;
- le code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l’action publique locale ;
- le code pénal ;
- la saisine de la Haute Autorité en date du 24 mars 2022 ;
- le rapport présenté ;

Rend l’avis suivant :

1. En application du 3° du I de l’article 20 de la loi du 11 octobre 2013, la Haute Autorité répond aux demandes d’avis des personnes entrant dans le champ de l’article 11 de cette loi, au nombre desquelles figurent les présidents de métropole.

2. Monsieur Alain Anziani, président de Bordeaux Métropole, interroge la Haute Autorité sur les mesures de prévention des conflits d’intérêts à mettre en œuvre pour les conseillers métropolitains désignés par la collectivité pour la représenter au sein d’instances décisionnelles d’organismes extérieurs, lorsque le conseil métropolitain délibère sur ces organismes. En particulier, Monsieur Anziani souhaite connaître les conséquences de certaines dispositions de la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l’action publique locale (ci-après « loi 3DS ») sur ces situations.

I. Le cadre juridique

3. L'article 1^{er} de la loi du 11 octobre 2013 dispose que les « *personnes titulaires d'un mandat électif local (...) exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts* ».

Selon l'article 2 de cette loi, « *constitue un conflit d'intérêts 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* ». La charte de l'élu local, codifiée à l'article L. 1111-1-1 du code général des collectivités territoriales, précise que « *dans l'exercice de son mandat, l'élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier* ».

4. L'article 432-12 du code pénal dispose que « *le fait, (...) par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction (...)* ». S'agissant des modalités de participation des élus aux décisions de la collectivité, il résulte de la jurisprudence pénale que la participation aux actes et discussions préalables à l'adoption d'une décision portant sur une opération dans laquelle l'élu a un intérêt suffit à caractériser l'infraction, alors même que l'élu concerné se serait abstenu de participer au vote de la décision (Cass. crim., 14 novembre 2007, n° 07-80.220).

5. Selon l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales, « *sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires. (...)* ».

6. Dans sa rédaction issue de la loi 3DS, le I de l'article L. 1111-6 du code général des collectivités territoriales dispose que « *[les] représentants d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales désignés pour participer aux organes décisionnels d'une autre personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé en application de la loi ne sont pas considérés, du seul fait de cette désignation, comme ayant un intérêt, au sens de l'article L. 2131-11 du présent code, de l'article 432-12 du code pénal ou du I de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur une affaire intéressant la personne morale concernée ou lorsque l'organe décisionnel de la personne morale concernée se prononce sur une affaire intéressant la collectivité territoriale ou le groupement représenté* ».

7. Le II de ce même article dispose que les élus se trouvant dans la situation visée au I doivent néanmoins se déporter de certains actes : *« à l'exception des délibérations portant sur une dépense obligatoire au sens de l'article L. 1612-15 du présent code et sur le vote du budget », ils « ne participent pas aux décisions de la collectivité territoriale ou du groupement attribuant à la personne morale concernée un contrat de la commande publique, une garantie d'emprunt ou une aide revêtant l'une des formes prévues au deuxième alinéa du I de l'article L. 1511-2 et au deuxième alinéa de l'article L. 1511-3, ni aux commissions d'appel d'offres ou à la commission prévue à l'article L. 1411-5 lorsque la personne morale concernée est candidate, ni aux délibérations portant sur leur désignation ou leur rémunération au sein de la personne morale concernée ».*

8. Les règles de déport impliquent pour les élus, conformément à la jurisprudence du juge pénal, de se déporter, lorsqu'ils participent aux séances de l'assemblée délibérante de leur collectivité, non seulement du vote de la délibération mais également des débats préalables à ce vote, et de s'abstenir de participer à toute réunion, discussions ou travaux préparatoires. Les procès-verbaux des séances de l'organe délibérant et d'éventuelles réunions préparatoires doivent faire mention des déports et du fait que l'élus concerné a quitté la salle.

II. Sur la situation des élus participant aux instances d'une association

9. Il ressort de la jurisprudence du juge pénal que le fait, pour un élu, de prendre une décision ou de participer à l'élaboration ou l'adoption d'une délibération relative à une association au sein de laquelle il exerce à raison de son mandat des fonctions de président ou de membre du conseil d'administration est susceptible de caractériser le délit de prise illégale d'intérêts (Cass. crim., 22 octobre 2008, n° 08-82.068). Dans une telle situation, la Cour de cassation considère que le délit peut être constitué même si l'élus ne retire de l'opération aucun bénéfice et si la collectivité ne souffre d'aucun préjudice.

10. La participation d'un élu aux instances d'une association constitue en outre un intérêt susceptible d'interférer avec l'exercice indépendant, impartial et objectif de son mandat, au sens de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 précité, lors du vote d'une délibération portant sur cette association.

11. Une telle participation, que ce soit à titre personnel ou sur désignation de la collectivité, même sans rémunération associée, nécessite ainsi, en principe, la mise en œuvre d'un déport de toute délibération concernant l'association, dans les conditions rappelées au point 8. En revanche, le simple fait qu'un élu soit adhérent d'une association ne constitue pas, à lui seul, un intérêt personnel suffisamment important pour justifier des déports systématiques, une analyse au cas par cas devant alors être menée au regard, notamment, d'une part, de la nature de l'association, son objet et le nombre de ses adhérents et, d'autre part, de l'objet de la délibération et du contexte dans lequel elle intervient.

12. Toutefois, le I de l'article L. 1111-6 du code général des collectivités territoriales précité écarte en principe les risques de conflit d'intérêts, de prise illégale d'intérêts et de « conseiller intéressé » lorsque les élus ont été désignés « *en application de la loi* ». Cet article comporte des exceptions justifiant des déports sur les décisions visées au II du même article et rappelées au point 7 de la présente délibération.

13. En l'absence de précision par ces dispositions du sens de l'expression « *en application de la loi* », la règle posée par l'article L. 1111-6 du code général des collectivités territoriales doit trouver à s'appliquer lorsque la loi a expressément prévu la représentation de la collectivité au sein de l'association ou lorsque l'application de la loi l'implique nécessairement.

III. Sur la situation des élus participant au conseil d'administration ou d'exploitation d'une régie

14. Les articles L. 1412-1 et L. 2221-1 du code général des collectivités territoriales disposent que les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes peuvent librement choisir d'exploiter directement les services publics à caractère industriel et commercial relevant de leur compétence. Elles sont alors tenues de constituer une régie qui peut être dotée soit de la seule autonomie financière (« régies non personnalisées »), soit de la personnalité morale et de l'autonomie financière (« régies personnalisées »). Par ailleurs, les articles L. 1412-2 et L. 2221-2 du même code disposent que les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes peuvent librement décider d'individualiser la gestion d'un service public administratif relevant de leur compétence en créant une régie personnalisée ou non personnalisée, sauf pour les services qui, par leur nature ou par la loi, ne peuvent être assurés que par la collectivité, l'établissement ou le syndicat lui-même, et ceux pour lesquels les textes imposent un statut d'établissement public spécifique.

15. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que la création d'une régie, personnalisée ou non, constitue un mode de gestion directe, par une collectivité ou un établissement public d'un service public à caractère administratif ou industriel et commercial relevant de sa compétence. Pour cette raison, les articles L. 2221-1 et suivants et R. 2221-1 et suivants du code général des collectivités territoriales instituent un contrôle étroit de la régie par la collectivité, l'établissement ou le syndicat qui l'a créée.

16. En outre, il résulte des articles R. 2221-8 et R. 2221-10 du code général des collectivités territoriales que les élus participant au conseil d'administration (régie personnalisée) ou au conseil d'exploitation (régie non personnalisée) de la régie ne peuvent prendre aucun intérêt personnel dans celle-ci, dans la mesure où ils ne peuvent lui prêter leur concours à titre onéreux et où les fonctions de membre du conseil d'administration ou d'exploitation sont gratuites. Ils ne peuvent davantage prendre d'intérêt dans des entreprises en rapport avec la régie.

17. Dans ces conditions, la Haute Autorité considère que le fait, pour un élu, de prendre part à une délibération intéressant une régie, même personnalisée, alors qu'il participe à son conseil d'administration ou d'exploitation, ne comporte pas de risque que le délit de prise illégale d'intérêts prévu par l'article 432-12 du code pénal soit caractérisé. Cette situation n'est pas non plus susceptible de placer l'élu en situation de conflit d'intérêts, au sens de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013.

18. Conformément à l'article 20 de la loi du 11 octobre 2013, cet avis a pour unique destinataire Monsieur Alain Anziani, qui est libre de son usage. S'il souhaite s'en prévaloir ou lui donner quelque diffusion que ce soit, l'avis de la Haute Autorité ne vaut, et ne peut par suite être mentionné, que dans son intégralité.

Le Président

Didier MIGAUD