

Proposition de nouvelles règles de comportement des conseillers, y compris le maire et ses adjoints, en cas de risque de conflit d'intérêts

La présente note vise à clarifier la question, délicate s'il en est, de la participation au processus décisionnel des conseillers qui pourraient être considérés comme intéressés à la décision en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au délit de prise illégale d'intérêts. Il s'agit ainsi d'aller plus loin dans la mise en place de principes et de procédures propres à écarter non seulement le risque de poursuites pénales à l'initiative d'un administré mécontent, mais aussi celui d'encourir la méfiance de nos concitoyens. Les propositions qui suivent s'inscrivent, en conséquence, à la fois dans la perspective du risque pénal zéro et dans celle de l'exemplarité que doit revêtir la décision publique au sein de la Ville de Strasbourg, toutes deux mises en avant par le Maire lors de l'institution d'un déontologue. L'évolution de ma réflexion, à laquelle je répète une fois encore que je souhaite associer l'ensemble des élus strasbourgeois, par rapport à ce que j'avais dans mon rapport pour l'année 2015, est due à la volonté de prendre pleinement en compte les implications de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la prise illégale d'intérêts. La présente note s'inscrit ainsi dans le prolongement de celle que j'ai rédigée au début de cette année et s'emploie à suggérer des mesures concrètes pour progresser dans le sens de la déontologie.

Obligation de déport à chaque fois qu'une décision serait susceptible d'avantager un conseiller municipal

En cas de risque d'interférences entre des intérêts privés, qui seraient ceux d'un conseiller (personnellement ou par l'intermédiaire de membres de sa famille ou de proches) et les intérêts de la Ville, je répète que s'impose un retrait total du conseiller concerné par rapport à l'ensemble du processus décisionnel, qu'il concerne l'administration municipale ou les autres membres du conseil municipal. Cela suppose *l'annonce préalable* au maire et aux services de ce retrait. Lorsque l'affaire relève de la compétence d'un adjoint (on entendra dans cette note par cette expression les adjoints *stricto sensu* et l'ensemble des titulaires d'une délégation du maire), le maire désignera un autre adjoint auquel une délégation sera conférée en tant que de besoin. 24 heures au moins avant la séance du conseil municipal à l'ordre du jour de laquelle figure le point concerné (qu'il donne lieu ou non à un vote formel), le conseiller devra indiquer sa situation au service en charge de la séance, quitter la salle au moment où le point vient en discussion et ne prendre aucune part au vote – il lui incombe également de veiller à ce qu'il ne soit pas amené à se prononcer sur la question litigieuse par l'intermédiaire d'un élu auquel il aurait donné procuration. Cela peut impliquer une segmentation des questions ne donnant pas lieu à discussion, de manière à éviter une participation au vote par amalgame.

Relations de la Ville avec des personnes morales au sein desquelles siègent des conseillers municipaux

Les associations constituent, en raison de leur objet, des partenaires par excellence de la Ville. De même, la volonté de permettre la réunion dans une personne morale de la Ville et de partenaires, publics ou privés, ainsi que le désir de détacher de l'ensemble municipal certains services peuvent conduire à la création de divers types de personnes morales au sein

desquelles la Ville sera représentée, sous des formes elles-mêmes diverses, afin de conserver un droit de regard, voire une capacité d'influence sur la structure en question. La cohérence des politiques publiques non seulement autorise, mais commande bien souvent qu'il en aille ainsi. C'est la raison pour laquelle j'avais indiqué, dans mon rapport d'activité pour l'année 2015, que je considérais en principe qu'aucun risque de conflits d'intérêts ne me paraissait exister dans ce dernier cas de figure. En vérité, la jurisprudence de la Cour de cassation sur le délit de prise illégale d'intérêts, que j'évoquais dans ma recommandation n° 2016/1 (mars 2016), oblige à affiner davantage l'analyse. L'attitude à avoir par rapport à ce problème varie en effet selon le type de partenaires de la Ville.

1. Le cas des établissements publics et des autres personnes publiques au sein desquelles la Ville est représentée

La question se pose très différemment selon qu'est en cause une personne publique ou une personne privée. Dans le premier cas, la logique dont je parlais dans mon rapport pour 2015 joue pleinement. S'exprime en effet ici, sous le régime du droit public, une action publique à l'état pur, dont les entités partenaires ne constituent que des instruments dont il serait regrettable de compromettre l'action par des dissociations artificielles des responsabilités. Celles-ci ne pourraient qu'être préjudiciables, en définitive, aux intérêts de la Ville, alors que le risque de conflit d'intérêts entre les deux collectivités est très marginal. J'estime, en conséquence, qu'il serait inopportun de contraindre un conseiller municipal de Strasbourg à se tenir éloigné du processus décisionnel relatif à la personne publique en cause (établissement public ou groupement d'intérêt public) et qu'il n'y a lieu de préconiser aucune incompatibilité destinée à éviter que le champ de compétence d'un adjoint ne recouvre le domaine d'action de l'établissement ou du groupement concerné. Tout au plus serait-il prudent d'éviter que le conseiller qui siège, à un titre quelconque (président, vice-président, membre d'un conseil de surveillance ou d'administration, etc), au sein de l'établissement ou du groupement concerné ne prenne part au vote d'une délibération dont l'objet serait de consentir à celui-ci un avantage quelconque ou d'approuver son action ou ses comptes. Le maire devrait également se déporter, s'agissant d'un établissement public dans lequel il exerce des fonctions.

2. Le cas des associations au sein desquelles la Ville est représentée ou dans lesquelles un conseiller municipal occupe des fonctions administratives

Il s'agit ici de personnes morales de droit privé. On pourrait néanmoins penser que dans ce cas également, la participation des élus, en particulier des adjoints en charge du secteur concerné, au conseil d'administration ou à l'exécutif de ces personnes morales sans but lucratif ne pose pas de problème et permet, au contraire, d'assurer la cohérence de l'action publique, à travers le partenariat associatif. Il n'en reste pas moins qu'en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation (Crim., 22 octobre 2008, n° 08-82068, analysée dans ma première note de l'année 2016), l'entité distincte de la collectivité territoriale est considérée comme étant et devant rester entièrement *extérieure* à elle. Le délit de prise illégale d'intérêt (article 432-12 du code pénal) est considéré comme constitué du fait de la participation des élus aux votes ou délibérations concernant les subventions allouées à des associations dont ils assurent la présidence, alors même qu'ils n'en avaient retiré aucun bénéfice matériel et quand bien même ces associations avaient un objet dont l'intérêt communal n'était pas contesté. La Cour de cassation fait ici prévaloir une logique de stricte séparation des responsabilités. Il importe donc d'écarter tout risque pénal et tout risque de conflit, même apparent, d'intérêts dans ce type d'hypothèses, d'où les préconisations qui suivent.

L'arrêt du 22 octobre 2008 impose, en toute hypothèse, qu'un conseiller qui représente la Ville ou siège à titre personnel au sein de l'association concernée ne prenne aucune part au vote portant sur l'octroi d'une subvention ou d'un avantage quelconque (autorisation, concession, vente de terrain, etc) à l'association en cause, sur l'approbation de ses comptes, etc. La procédure de notification préalable de la non-participation au vote indiquée ci-dessus au premier point devrait s'appliquer.

Mais il s'agit d'une solution minimaliste et il convient à mon sens d'aller plus loin. Lorsqu'un adjoint au maire est président ou vice-président d'une association dont l'objet recoupe le domaine de sa délégation, il me semble que se crée un mélange des genres dont il est difficile de sortir, fût-ce en demandant au maire que soit retirée à l'adjoint concerné la compétence décisionnelle à l'égard de l'association en cause, celle-ci étant alors confiée à un autre membre de l'exécutif municipal. Cette solution risque en effet d'apparaître à nos concitoyens comme une simple manipulation des apparences, un autre venant signer une décision en réalité prise par l'intéressé, sans que le conflit d'intérêts prohibé disparaisse véritablement.

Pour éviter ce genre de situation, *je préconise que soit posée la règle selon laquelle un adjoint ne peut assurer la présidence ou la vice-présidence d'une association dont le champ d'action se situe dans le champ de sa délégation.* Ainsi seulement pourra être pleinement assurée l'extériorité requise par la jurisprudence précitée de la Cour de cassation. Je suis conscient de la révolution que représente cette suggestion par rapport aux pratiques anciennes et actuelles. Elle me paraît cependant seule à même de satisfaire au désir du législateur de prévenir les conflits d'intérêts et d'éviter les cumuls de fonctions qui pourraient donner à nos concitoyens l'image d'un élu omniprésent dans tout le processus décisionnel et ainsi en mesure de se consentir des avantages à lui-même (avec toute la terrible ambiguïté qu'emporte le terme) en utilisant alternativement ses différents rôles, en jouant tour à tour sur les registres municipal et associatif.

S'agissant du *maire*, en raison de la généralité de ses attributions, je préconise qu'il se démette par précaution des fonctions de président ou vice-président d'association qu'il assurait avant son élection et qu'il s'abstienne d'en accepter de nouvelles durant son mandat. Il serait également souhaitable qu'il ne participe pas au vote des délibérations ayant pour objet ou pour effet de conférer un avantage quelconque à une association au sein de laquelle il exerçait auparavant les fonctions de président ou vice-président.

En revanche, lorsqu'est en cause la simple participation d'un adjoint ou d'un conseiller municipal au conseil d'administration d'une association, la perspective de la prise illégale d'intérêts s'éloigne (encore qu'il n'existe pas, semble-t-il, de jurisprudence sur la question), sans pouvoir être cependant totalement exclue. Je préconise ici que les élus concernés s'abstiennent de prendre part au vote portant octroi d'un avantage quelconque au profit de l'association considérée. Il leur reste loisible de participer aux débats du conseil municipal afin de pouvoir éclairer la décision collégiale, en toute transparence quant à leur présence au sein du conseil de l'entité sur laquelle porte la discussion (c'est-à-dire en l'indiquant ou la rappelant à l'ensemble des conseillers avant toute prise de parole). Il sera également de bonne pratique que ces conseillers s'abstiennent de toute interférence dans le processus décisionnel concernant lesdites associations. En particulier, s'il s'agit de l'adjoint en charge du secteur concerné, il devra indiquer à ses services qu'il conviendra de traiter l'entité en question sans lui accorder aucun privilège par rapport aux autres entités présentes dans le secteur en question. Il lui faudra prendre la plus grande distance possible par rapport au traitement des dossiers concernant l'entité en cause. Il s'agit certes d'une demi-mesure, mais cette voie est la seule qui permette d'éviter une interdiction de siéger au conseil de ces associations qui serait, de mon point de vue, excessive et de nature, ici encore, à compromettre la cohérence de l'action municipale.

3. Le cas des sociétés d'économie mixte et autres entités assimilables (fondations, etc)

Il n'existe pas, à ma connaissance, de jurisprudence sur la prise illégale d'intérêt qui s'applique à de telles entités. Je préconise néanmoins que soit posé le *principe de leur assimilation au cas des associations* dont il vient d'être traité. Ceci correspond à la logique qui sous-tend la jurisprudence de la Cour de cassation : l'extériorité des structures de droit privé doit être prise au sérieux, ce qui interdit toute confusion entre les responsabilités des élus au sein de la collectivité qu'est la Ville et celles qu'ils peuvent détenir au sein des sociétés d'économie mixte, groupements d'intérêt économique, fondations et autres entités de droit privé. L'arrêt du 22 octobre 2008 me paraît, dans ce cas de figure également, imposer une séparation, parce qu'on ne peut à la fois utiliser des structures de droit privé à diverses fins et se comporter comme si celles-ci n'avaient en réalité aucune existence véritable.

Ici encore, la simple interdiction de prendre part aux votes concernant ces entités, en particulier lorsqu'il s'agit de leur conférer un avantage, constitue un minimum dont il n'y a lieu, me semble-t-il, de se contenter qu'à l'égard des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de ces entités. Pour les *fonctions de président et vice-président*, je préconise de surcroît que soit posé le *principe suivant lequel un adjoint ne doit pas assumer de telles fonctions lorsque les activités de l'entité en cause coïncident avec le champ de sa délégation*.

Le *maire* devrait pareillement s'abstenir de cumuler ses fonctions avec celle de président ou vice-président de ces sociétés, fondations ou autres. Il ne devrait pas prendre part aux votes dont l'objet ou l'effet serait de conférer un avantage à celles de ces entités qu'il présidait antérieurement.

Il me semblerait prudent que les préconisations de déport faites ci-dessus s'appliquent également lorsque les fonctions au sein d'associations, sociétés, fondations ou autres ont été exercées durant le *mandat du conseil municipal précédent*.

Je souhaite que toute dérogation par rapport aux principes suggérés dans la présente note soit soumise pour avis au déontologue.

Le 9 septembre 2016.

Patrick Wachsmann
Déontologue de la Ville de Strasbourg