POUVOIR PUBLIC

Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique

Du remède au trouble [1]

PAR JULIE BENETTI
PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC À L'UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE,
MEMBRE DE LA COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE

L'ESSENTIEL

Adoptées dans l'urgence, au terme de débats parlementaires mouvementés, pour tenter de répondre à la crise ouverte par l'affaire « Cahuzac », les deux lois relatives à la transparence de la vie publique du 11 octobre 2013 marquent aussi la prise en compte par le personnel politique des exigences nouvelles découlant de l'éthique publique. Définissant un cadre ambitieux de lutte contre les conflits d'intérêts inspiré des propositions de la commission Jospin, elles cèdent aussi à la surenchère de mesures symboliques et intrusives dans la vie privée des responsables publics.

LOI ORGANIQUE N° 2013-906 DU 11 OCTOBRE 2013 RELATIVE À LA TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE (JO DU 12 OCTOBRE 2013, P. 16824)
LOI N° 2013-907 DU 11 OCTOBRE 2013 RELATIVE À LA TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE (JO DU 12 OCTOBRE 2013, P. 16829)

Au culte du secret aurait donc succédé le règne de la transparence, nouvelle exigence de la démocratie moderne et de la « République exemplaire » dont François Hollande, bien avant l'affaire « Cahuzac », avait fait un engagement de sa campagne présidentielle en 2012. Du reste, dans les semaines suivant son élection, le nouveau président de la République confiait à l'ancien premier ministre Lionel Jospin la présidence d'une commission dite « de rénovation et de déontologie de la vie publique ». Dans sa lettre de mission, il demandait notamment à la commission « de faire des propositions relatives à la prévention des conflits d'intérêts, tant à l'égard des parlementaires et des membres du gouvernement que des titulaires de certains emplois supérieurs de l'Etat, de manière à garantir, par la définition de règles déontologiques, la transparence de la vie publique ».

Sur les trente-cinq propositions contenues dans le rapport de la commission Jospin, seize ont tendu à définir « une stratégie globale de prévention des conflits d'intérêts » (*Pour un renouveau démocratique*, nov. 2012, p. 91). La réflexion sur ce thème était en fait engagée depuis plusieurs années. Deux ans plus tôt, un premier rapport avait été remis au président de la République, Nicolas Sarkozy, par le vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé (*Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, janv. 2011) tandis que, parallèlement et en marge de la loi, les bureaux de l'Assemblée nationale et du Sénat mettaient en œuvre de nouvelles règles déontologiques et soumettaient les parlementaires à l'obligation de déclarer leurs intérêts « personnels » (à l'Assemblée

1 - G. Carcassonne, Le trouble de la transparence, Pouvoirs 2001, n° 97, pp. 17-23.

nationale) ou « privés » (au Sénat). De manière tout aussi informelle, le gouvernement de Jean-Marc Ayrault s'est doté dès sa formation d'une charte de déontologie au titre de laquelle les déclarations d'intérêts des ministres ont été mises en ligne en juin 2012 sur le portail du gouvernement. Mais aucune réforme législative d'ampleur n'était intervenue et peut-être le rapport Jospin aurait-il connu le même sort que le rapport Sauvé si le scandale « Cahuzac » n'avait éclaté au printemps 2013.

La révélation par le site d'information Mediapart de l'existence d'un compte bancaire non déclaré détenu en Suisse par le ministre du budget, les dénégations et mensonges de ce dernier jusque devant l'Assemblée nationale ouvrent une crise morale d'ampleur à laquelle le pouvoir exécutif tente de répondre par l'annonce de mesures fortes et symboliques. Deux projets de loi relatifs à la transparence de la vie publique sont déposés sur le bureau de l'Assemblée nationale le 24 avril 2013. Au terme d'un processus d'adoption mouvementé (v. Ph. Bachschmidt, Constitutions 2013. 545), conclu par le vote le 17 septembre suivant de l'Assemblée nationale statuant seule, les deux lois ont été passées au filtre du contrôle du Conseil constitutionnel, lequel a censuré plusieurs de leurs dispositions mais sans remettre en cause l'économie générale des textes (Cons. const. 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC et n° 2013-676 DC, AJDA 2013. 1942; D. 2013. 2483, chron. A. Laude, et 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin).

Eu égard au contexte, les déclarations de patrimoine ont été d'emblée placées au cœur du dispositif

La loi organique n° 2013-906 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 affichent dans leur libellé même un objectif ambitieux, celui de « la transparence de la vie publique » (objectif clairement manqué d'un point de vue légistique tant sont nombreux les renvois entre articles...), lequel avait déjà guidé le législateur lorsque en 1988 avaient été instituées la Commission pour la transparence financière de la vie politique et les premières mesures visant à organiser le contrôle de l'évolution du patrimoine des responsables publics (L. org. n° 88-226 et L. n° 88-227 du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique). De nouvelles lois ont suivi, en 2011, qui ont renforcé le dispositif de contrôle et le régime des sanctions en cas de déclaration incomplète ou mensongère (L. org. n° 2011-410 du 14 avr. 2011 relative à l'élection des députés et des sénateurs et, datée du même jour, L. n° 2011-412 portant simplification du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique, v. dossier: Le paquet électoral de 2011, AJDA 2011. 2167).

Eu égard au contexte particulier dans lequel le débat s'est rouvert en 2013, les déclarations de patrimoine ont été d'emblée placées au cœur du dispositif. Outre le principe même de leur publicité (pour les déclarations établies par les parlementaires, les candidats à l'élection présidentielle et les membres du gouvernement), lequel a focalisé l'attention et suscité la polémique, leur contrôle est sensiblement renforcé et leur champ étendu à de nouvelles catégories de personnes. Les sanctions pénales applicables sont également aggravées. Nouveauté plus marquée mais aussi plus consensuelle, signe de l'acculturation lente mais réelle des responsables politiques aux exigences nouvelles découlant de l'éthique publique, la lutte contre les conflits d'intérêts entre de plain-pied dans le droit positif.

Le conflit d'intérêts n'était saisi jusqu'à présent par la loi française que sous l'angle du droit pénal, à travers le délit de prise illégale d'intérêts, défini par l'article 432-12 du code pénal comme « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ». Cette approche traditionnelle, strictement répressive, ne correspondait plus à l'état actuel des préoccupations de lutter contre un phénomène rampant de suspicion envers les institutions et les élites et au développement, concomitant au renforcement du volet pénal, de mécanismes informels de prévention des situations de conflits d'intérêts dans la sphère publique.

En l'espace de vingt-cinq ans, depuis les premières lois relatives à la transparence financière de la vie politique, des règles déontologiques se sont progressivement imposées à tous les acteurs publics. Ces derniers ont été assujettis par la loi à des obligations nouvelles (déclarations de situation patrimoniale ou contrôle du « pantouflage » des hauts fonctionnaires vers le secteur privé), lesquelles ont été complétées par des dispositifs internes et spécifiques à chaque institution ou administration concernée (codes de conduite, chartes de déontologie, déclarations d'intérêts, référents en matière de déontologie, etc.). La mise en œuvre d'une stratégie globale de prévention des conflits d'intérêts ne pouvait plus longtemps faire l'économie d'une définition, par la loi elle-même, des conflits d'intérêts.

La commission Jospin a voulu que le conflit d'intérêts ne s'applique pas seulement aux situations d'interférence entre intérêts publics et privés mais couvre aussi les conflits entre intérêts publics « de nature à compromettre l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction » (*Pour un renouveau démocratique*, p. 91). La loi du 11 octobre 2013 reprend cette définition mais l'amende par ailleurs, en y intégrant la théorie des apparences : la confusion des intérêts en cause doit être de nature « à influencer *ou à paraître influencer* l'exercice indépendant, objectif et impartial d'une fonction » (c'est nous qui soulignons) (art. L. 2). La prise en compte de ces cas de conflits apparents est révélatrice de la volonté du législateur de répondre au sentiment de défiance envers les institutions et ceux qui les incarnent. Il ne s'agit pas seulement de lutter contre les conflits d'intérêts caractérisés, mais contre la suspicion même de leur existence.

Suit l'énumération d'une série de dispositifs de prévention et de résolution des conflits d'intérêts. Sans entrer dans le détail de chacune d'entre elles, ces mesures dessinent « une politique ambitieuse de lutte contre les conflits d'intérêts » (rapp. nos 1108 et 1109, commission des lois, Ass. nat., juin 2013, p. 39), laquelle repose principalement sur l'édiction d'obligations d'abstention et de déclaration et l'institution d'incompatibilités nouvelles, les sanctions pénales applicables étant par ailleurs

renforcées [2]. A cette fin et ici encore dans la ligne du rapport de la commission Jospin qui recommandait une part d'externalisation dans la gestion des conflits d'intérêts, une nouvelle autorité administrative indépendante est créée, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (art. L. 19), qui vient remplacer la Commission pour la transparence financière de la vie politique.

Au total, les deux lois « transparence » du 11 octobre 2013 déclinent un ensemble hétéroclite et inégal de mesures d'« assainissement » de notre vie publique. Censées remédier à la crise morale et démocratique, qu'a soulignée l'affaire « Cahuzac », par la définition d'un cadre global de prévention des conflits d'intérêts, elles sèment aussi le trouble par les intrusions injustifiées qu'elles opèrent dans la vie privée des responsables publics.

I - LE REMÈDE : LA LUTTE CONTRE LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

L'un des premiers mérites du nouveau dispositif législatif est d'avoir donné aux conflits d'intérêts une assise textuelle à partir de laquelle pourrait se former une véritable culture de déontologie de la vie publique, allant au-delà des simples recommandations de « bonnes pratiques ». Le cadre normatif, tel qu'il résultait des premières lois de 1988, est très largement rénové dans son volet tant préventif que répressif. La future Haute Autorité pour la transparence de la vie publique sera appelée à jouer un rôle essentiel dans la mise en œuvre de ces nouvelles règles.

A. Les obligations d'abstention et de déclaration

Les obligations sont de deux ordres. Ce sont d'abord les obligations d'abstention qui prennent la forme du déport ou de la décharge de fonctions et s'appliquent aux membres du gouvernement, aux membres des collèges des autorités (administratives ou publiques) indépendantes, aux titulaires de fonctions exécutives locales et aux agents chargés d'une mission de service public (art. L. 2). Viennent ensuite les obligations déclaratives. Celles-ci recouvrent les déclarations de situation patrimoniale, dont l'objet est essentiellement de lutter contre la corruption (par la comparaison entre la déclaration initiale déposée à l'entrée en fonction et la déclaration terminale qui doit être souscrite à la cessation des fonctions), et les déclarations d'intérêts, ces dernières étant donc désormais formellement consacrées en même temps que généralisées, toutes les personnes soumises par ailleurs à l'obligation de déposer une déclaration de patrimoine y étant assujetties (réserve faite des candidats à l'élection présidentielle seulement tenus de déclarer leur situation patrimoniale : art. L.O. 9).

Dans les deux mois suivant l'entrée en fonction, les parlementaires (dont les déclarations d'intérêts sont par ailleurs fusionnées avec celles de leurs activités : art. L.O. 1er), les membres du gouvernement (art. L. 4), les membres du Parlement européen, les maires des communes de plus de 20 000 habitants et les présidents des principaux exécutifs locaux, certains élus locaux délégataires de fonctions exécutives, les membres des cabinets ministériels, les collaborateurs du président de la République et des présidents des assemblées, les membres des autorités (administratives et publiques) indépendantes, les titulaires d'un emploi ou de fonctions à la décision du gouvernement nommés en conseil des ministres (préfets, recteurs, ambassadeurs, directeurs d'administration centrale, etc.) (art. L. 11, I), les présidents et directeurs généraux d'une série d'entreprises et d'organismes publics (art. L. 11, III) adressent au président de la nouvelle Haute Autorité pour la transparence de la vie publique deux séries de déclarations : une déclaration de situation patrimoniale concernant la totalité des biens propres ainsi que, le cas échéant, ceux de la communauté ou les biens indivis et une déclaration faisant apparaître les intérêts détenus à la date de l'entrée en fonction et dans les cinq années précédant cette date. Toute modification substantielle durant l'exercice des fonctions de la situation patrimoniale ou des intérêts détenus donne lieu à nouvelle déclaration. Les personnes assujetties doivent en outre déposer une déclaration de patrimoine terminale dans les deux mois suivant la cessation des fonctions.

Au total, les deux lois déclinent un ensemble hétéroclite et inégal de mesures d'« assainissement » de notre vie publique

Le législateur a aggravé, par ailleurs, les sanctions en cas de manquement aux obligations déclaratives, lesquelles étaient jusque-là exclusives de toute peine d'emprisonnement. Le fait d'omettre de déclarer une partie substantielle de son patrimoine ou de ses intérêts ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende (art. L.O. 1er et art. L. 26). Les peines complémentaires d'interdiction des droits civiques ainsi que d'interdiction d'exercer une fonction publique sont également alourdies, la peine d'inéligibilité frappant un membre du gouvernement ou le titulaire d'un mandat électif public pouvant être prononcée pour une durée de dix ans (art. L. 27).

B. Les incompatibilités nouvelles

Second volet du dispositif de lutte contre les conflits d'intérêts, de nouvelles incompatibilités sont édictées. Ainsi l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel est modifiée pour interdire aux membres du Conseil, y compris ses membres de droit, « l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée » sous la seule réserve des travaux scientifiques, littéraires

» »

2 - Si les lois « transparence » couvrent un nombre très important d'acteurs publics, elles ne définissent pas de règles générales applicables à tous les agents publics (sinon le rappel à l'art. L. 1 des principes de dignité, de probité et d'intégrité qui s'imposent dans l'exercice de leurs fonctions à toutes les personnes chargées d'une mission de service public) et ne fixent non plus aucune obligation nouvelle à l'endroit des magistrats - de l'ordre administratif comme de l'ordre judiciaire - nonobstant leur risque d'exposition aux conflits d'intérêts. Certes, deux nouveaux textes, un projet de loi organique relatif à la magistrature et un projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, ont été déposés à l'été 2013 et devraient être discutés en 2014. Mais rien ne justifiait cette césure temporelle.

ou artistiques (réserve qui ne couvre donc pas les fonctions d'enseignement des professeurs d'université) (art. L.O. 3), ainsi que « l'exercice de la profession d'avocat » (art. L.O. 5) suivant ici une recommandation de la commission Jospin (*Pour un renouveau démocratique*, proposition n° 32).

Les autres mesures sont relatives au mandat parlementaire (art. L.O. 2), lequel est rendu incompatible avec l'exercice de fonctions juridictionnelles (autres que celles prévues par la Constitution), de fonctions d'arbitre, de médiateur et de conciliateur. Sauf à ce qu'ils y soient désignés en cette qualité, les parlementaires se voient également interdire désormais de siéger dans les conseils d'administration des entreprises nationales et des établissements publics nationaux et d'exercer des fonctions au sein d'une autorité (administrative ou publique) indépendante, la présidence de ces autorités ne pouvant plus, même ès qualités, leur être confiée. La loi organique rend également « plus rigoureux », comme le relève la décision du Conseil constitutionnel (Décis. n° 2013-675 DC, préc., consid. 49), le régime d'incompatibilité entre le mandat parlementaire et les fonctions de direction au sein des sociétés ou organismes travaillant essentiellement pour des personnes publiques, sans que, pour le Conseil, aucune exigence constitutionnelle n'ait été ici méconnue.

La commission Jospin a voulu que la question de la prévention des conflits d'intérêts échappe au confort de « l'entre-soi »

A l'inverse, celui-ci a censuré les autres incompatibilités parlementaires instituées par la loi organique. Alors que la commission Jospin avait jugé « nécessaire de ne pas autoriser l'accès à la profession d'avocat en cours de mandat » (*Pour un renouveau démocratique*, proposition n° 31), laissant au Parlement lui-même le soin de mener une réforme d'ensemble du régime des incompatibilités professionnelles de ses membres, le législateur organique avait entendu interdire aux parlementaires non seulement d'exercer une fonction de conseil, quelle qu'en soit la nature, mais également toute activité professionnelle (sous la seule réserve des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques), qui n'était pas la leur avant le début de leur mandat. Bien que ces restrictions, résultant d'amendements parlementaires, ne remissent nullement en cause le principe de la compatibilité *a priori* de la profession habituelle du parlementaire avec son mandat et ne visaient, au regard du risque évident de conflits d'intérêts auquel les membres du Parlement sont exposés, que les fonctions de conseil ou activités professionnelles commencées en cours de mandat, le Conseil constitutionnel n'en a pas moins jugé que ces interdictions, « par leur portée, excèdent manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts » (Décis. n° 2013-675 DC, préc., consid. 53). On peut le regretter car, si elle est d'application constante, cette jurisprudence rend compte aussi d'une conception dépassée du mandat parlementaire, regardé comme l'accessoire des activités professionnelles de son titulaire.

C. La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique

« La Commission juge nécessaire que la prévention des conflits d'intérêts ne relève pas exclusivement des différentes administrations et institutions elles-mêmes et, au sein de celles-ci, des autorités compétentes pour prendre les mesures propres à prévenir des situations de conflits d'intérêts ou à y mettre un terme. Une part d'externalisation lui paraît, en effet, essentielle : une instance extérieure à l'organisation en cause – ou, à tout le moins, placée en dehors de toute filière hiérarchique – lui semble indispensable pour assurer certaines des missions de conseil ou de contrôle qu'exige la prévention des conflits d'intérêts » (*Pour un renouveau démocratique*, p. 93). En recommandant la création d'une autorité administrative indépendante (*Créer une Autorité de déontologie de la vie publique*, proposition n° 33), dont le statut et les prérogatives seraient sensiblement renforcés par rapport à ceux de la Commission pour la transparence financière de la vie politique, la commission Jospin a voulu que la question de la prévention des conflits d'intérêts échappe au confort de « l'entre-soi » pour relever – en liaison avec les déontologues des différentes institutions concernées – d'une structure extérieure et indépendante aux intérêts concernés.

Sa proposition a été reprise par le législateur. La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique vient remplacer la Commission pour la transparence financière de la vie politique (art. L.O. 1er, III et art. L. 19). Sa présidence a été confiée à Jean-Louis Nadal. Ancien procureur général près la Cour de cassation, celui-ci a été nommé par décret du président de la République après avis public des commissions des lois des deux assemblées conformément à la procédure de l'article 13, alinéa 5 de la Constitution (art. L.O. 8). Outre son président, la Haute Autorité se compose de deux conseillers d'Etat, deux conseillers à la Cour de cassation, deux conseillers-maîtres à la Cour des comptes et de deux personnalités qualifiées nommées par chaque président de chambre, après avis conforme de la commission des lois, rendu à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés (ont été nommés Danièle Rivaille pour l'Assemblée nationale et Alain Delcamp pour le Sénat). Les modalités de désignation des membres de la Haute Autorité, dont le mandat non renouvelable est fixé à six ans, doivent par ailleurs assurer l'égale représentation des hommes et des femmes en son sein (art. L. 19).

Des garanties ont été prévues par le législateur pour assurer l'indépendance et l'impartialité des membres de la Haute Autorité, parmi lesquelles l'interdiction, dans l'exercice de leurs attributions, de recevoir ou de solliciter des instructions, l'incompatibilité avec toute autre fonction ou tout autre mandat dont les titulaires sont soumis à leur contrôle, l'obligation de déport en cas de contrôle concernant une personne ou un membre d'un organisme vis-à-vis duquel ils détiendraient un intérêt direct ou indirect, l'obligation de déposer une déclaration de situation patrimoniale et une déclaration d'intérêts qui sont rendues publiques, la sujétion au secret professionnel (art. L. 19).

Dépositaire de l'ensemble des déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts (le premier ministre étant

également destinataire des déclarations d'intérêts des membres du gouvernement, la déclaration d'intérêts et d'activités des parlementaires étant par ailleurs adressée au bureau de l'assemblée concernée qui apprécie la compatibilité des activités qui y sont mentionnées avec le mandat parlementaire), la nouvelle Haute Autorité en assure la vérification (avec l'appui, pour les déclarations de patrimoine, de l'administration fiscale), le contrôle et, selon les personnes assujetties, la publicité (art. L.O. 1er et art. L. 20, I).

La Haute Autorité peut en outre être saisie par le premier ministre, le président de chaque assemblée ainsi que par les associations de lutte contre la corruption (art. L. 20, II). Réciproquement, la Haute Autorité informe de tout manquement – sauf s'il est relatif à un parlementaire – l'autorité de nomination ou de tutelle ou le président de l'institution dont relève la personne concernée (art. L. 22). Les citoyens eux-mêmes peuvent directement adresser à la Haute Autorité toute observation écrite relative aux déclarations qui lui sont transmises (art. L.O. 1er, II et art. L. 5).

Suivant les recommandations de la commission Jospin (*Pour un renouveau démocratique*, proposition n° 35), la loi organise par ailleurs un dispositif de protection des « lanceurs d'alerte » auxquels seraient infligées des sanctions professionnelles pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, à leur employeur, au déontologue de leur institution, à une association de lutte contre la corruption ou aux autorités judiciaires ou administratives, de faits relatifs à une situation de conflits d'intérêts, les déclarations de mauvaise foi tombant à l'inverse sous le coup des peines prévues en cas de dénonciation calomnieuse (art. L. 25).

Le législateur a conféré à la Haute Autorité le pouvoir d'enjoindre aux personnes assujetties de compléter leur déclaration ou de répondre aux demandes d'explication y afférentes (art. L.O. 1er, IV; art. L. 4, V et art. L. 11, V). Toutefois, se fondant sur le principe de la séparation des pouvoirs lequel couvre ici celui d'autonomie des assemblées parlementaires, le Conseil constitutionnel a neutralisé, par une réserve d'interprétation, ce pouvoir d'injonction s'agissant des déclarations d'intérêts et d'activités des parlementaires (Décis. n° 2013-675 DC, préc., consid. 39). De même, si la Haute Autorité peut enjoindre aux personnes assujetties de mettre fin aux situations de conflits d'intérêts dont elle a connaissance (art. L. 10 et art. L. 11, V), il résulte, cette fois de la loi même, que ces injonctions ne peuvent viser ni les parlementaires nationaux et européens (les organes propres aux assemblées conservant ici une compétence exclusive), ni le premier ministre. En revanche, aucun principe constitutionnel ne fait obstacle à ce qu'en cas de variations inexpliquées du patrimoine, après avoir mis l'intéressé en mesure de présenter ses observations, la Haute Autorité dispose du pouvoir de transmettre le dossier au parquet (art. L.O. 1er, IV; art. L. 7 et art. L. 11, V).

Des tâches de conseil sont par ailleurs confiées à la Haute Autorité qui répond, de manière confidentielle, aux demandes d'avis sur les questions d'ordre déontologique que les personnes soumises aux obligations déclaratives rencontrent dans l'exercice de leurs fonctions. Outre cette fonction particulière de conseil, la Haute Autorité émet des recommandations générales en matière de transparence de la vie publique et remet chaque année un rapport public rendant compte de l'exécution de ses missions (art. L. 20).

II - LE TROUBLE: LE DOGME DE LA TRANSPARENCE

« A ne pas la ramener à ce qu'elle doit être – un moyen, dont l'utilité comme la légitimité se mesurent à l'aune des objectifs qu'elle sert –, la transparence est une menace. Devenue une fin en soi, elle s'imposera d'elle-même, n'aura nul motif à s'arrêter ici ou là, s'insinuera partout, irrésistiblement, sous le masque fallacieux d'une exigence démocratique. Au terme de l'évolution se révélera son paradoxe: la démocratie aura réalisé le rêve du totalitarisme » (G. Carcassonne, Le trouble de la transparence, préc., p. 22).

Des garanties ont été prévues pour assurer l'indépendance et l'impartialité des membres de la Haute Autorité

En voulant répondre dans l'urgence, sinon la précipitation, au scandale suscité par l'affaire « Cahuzac », le législateur a cédé à la surenchère de mesures symboliques pour frapper l'opinion publique (encore a été heureusement abandonnée la proposition avancée un temps par le pouvoir exécutif d'une peine automatique et perpétuelle d'interdiction de tout mandat public pour les élus condamnés pour fraude fiscale ou corruption qui eût été de toutes les façons frappée d'inconstitutionnalité). « Fin en soi » de la législation nouvelle, la publicité des déclarations de patrimoine devrait rester sans incidences sur l'efficacité du contrôle de la Haute Autorité dont les conditions restent encore à déterminer.

A. La publicité des déclarations

Les lois du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique ont, les premières, assujetti les parlementaires et les membres du gouvernement (ainsi d'ailleurs que les présidents d'exécutifs locaux et les maires des communes de plus de 30 000 habitants) à l'obligation de déposer auprès de la Commission éponyme une déclaration de leur situation patrimoniale, une nouvelle infraction pénale ayant été créée en 2011 en cas d'omission volontaire d'une part substantielle du patrimoine. Cette obligation de souscrire une déclaration de patrimoine est venue s'ajouter, pour les membres du Parlement, à celle prévue dès 1972 (et inscrite à l'art. L.O. 151-2 C. élect.) d'établir une déclaration comprenant la liste des activités professionnelles ou d'intérêt général, même non rémunérées, que le parlementaire envisage de conserver, le bureau de chaque assemblée étant compétent pour apprécier leur compatibilité avec le mandat parlementaire et, en cas de doute, saisir le Conseil constitutionnel (le parlementaire, à défaut de régularisation de sa situation, étant déclaré démissionnaire d'office de son mandat). Un nombre croissant d'acteurs publics a été par ailleurs obligé par la loi ou au

» » »

titre, le plus souvent, de simples recommandations déontologiques, de souscrire des déclarations d'intérêts (parlementaires, membres du gouvernement et collaborateurs de leurs cabinets, dirigeants et membres des collèges de certaines autorités administratives indépendantes).

L'innovation principale des lois du 11 octobre 2013 réside donc moins dans l'obligation qu'elle fait aux assujettis d'établir des déclarations de patrimoine et d'intérêts (et d'activités pour les parlementaires), même si ces dispositifs sont désormais tous consacrés au niveau législatif et étendus à de nouvelles catégories de personnes, que dans la publicité dont elle assortit, le cas échéant, ces déclarations lesquelles n'étaient pas jusqu'alors rendues publiques, réserve faite des déclarations d'intérêts des sénateurs (lesquelles, par décision du bureau du Sénat, ont été fondues avec les déclarations d'activités et, à l'exclusion des informations relatives aux proches du déclarant, publiées en 2012 sur le site internet) et de celles des membres du gouvernement de Jean-Marc Ayrault. Cette publication peut, en outre, être assortie de toute appréciation que la Haute Autorité estimerait utile quant à l'exhaustivité, à l'exactitude et à la sincérité des déclarations (exclusion faite des déclarations de situation patrimoniale des candidats à l'élection présidentielle, décis. n° 2013-675 DC, préc., consid. 8) (art. L.O. 1er et art. L. 5).

Le législateur avait entendu rendre publiques toutes les déclarations d'intérêts, dans la seule limite des données strictement personnelles

Le principe même d'une publicité des déclarations de patrimoine ayant été vivement contesté jusque dans les rangs de la majorité parlementaire, y compris par le président de l'Assemblée nationale, les parlementaires ont finalement obtenu que leurs propres déclarations bénéficient d'un régime aménagé de publicité. Alors que celles des membres du gouvernement sont rendues publiques sans autre restriction que celle des données strictement personnelles et d'éléments attentatoires aux droits des tiers (art. L. 5), les déclarations de situation patrimoniale des parlementaires sont, « aux seules fins de consultation, tenues à la disposition des électeurs » à la préfecture, la publication ou la divulgation, de quelque manière que ce soit, de tout ou partie d'une déclaration de situation patrimoniale par toute personne autre que le déclarant lui-même étant punie de 45 000 € d'amende (art. L.O. 1er, II). En pratique, la différence sera peu sensible, les précautions prises par le législateur pour les déclarations de patrimoine des parlementaires paraissant bien illusoires à l'heure des « smartphones » et des réseaux sociaux.

La commission Jospin n'avait pas jugé souhaitable, pour sa part, « d'amender le régime applicable aux déclarations de patrimoine, qui doivent rester confidentielles » (*Pour un renouveau démocratique*, p. 106). L'atteinte portée au droit au respect de la vie privée est manifeste, mais le Conseil constitutionnel a jugé qu'elle ne revêtait pas « un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi », eu égard, tant pour les membres du gouvernement que pour les parlementaires, à leur statut, à leur situation particulière et à leurs prérogatives (Décis. n° 2013-675 DC, consid. 33 et n° 2013-676 DC, consid. 17, préc.).

Le Conseil constitutionnel ayant censuré en revanche, sur le fondement d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, le principe de la consultation en préfecture des déclarations de patrimoine des titulaires de fonctions exécutives locales (Décis. n° 2013-676 DC, préc., consid. 20), celles-ci resteront donc confidentielles et détenues par la seule Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, à l'instar des déclarations établies par l'ensemble des autres personnes assujetties (députés européens, membres des cabinets ministériels, collaborateurs du président de la République et des présidents des assemblées, membres des autorités administratives ou publiques indépendantes, titulaires d'un emploi ou de fonctions à la discrétion du gouvernement nommés en conseil des ministres et dirigeants de certains organismes publics) dont le législateur n'a pas prévu la publicité.

Quant aux déclarations d'intérêts, la commission Jospin avait recommandé que le principe de publicité ne s'appliquât qu'à celles des membres du gouvernement et des parlementaires. S'écartant de cette préconisation, le législateur avait entendu rendre publiques toutes les déclarations d'intérêts, dans la seule limite des données strictement personnelles et d'éléments attentatoires aux droits des tiers, et ce quelles que soient les personnes assujetties. Suivant la logique du rapport Jospin, le Conseil constitutionnel a admis que la publicité soit étendue aux déclarations d'intérêts souscrites par les personnes titulaires d'un mandat électoral : les membres du Parlement européen, les maires des communes de plus de 20 000 habitants, les présidents des principaux exécutifs locaux et certains élus locaux délégataires de fonctions exécutives. En revanche, il a soustrait au régime de publicité les déclarations d'intérêts « des personnes qui n'exercent pas de fonctions électives ou ministérielles mais des responsabilités de nature administrative », c'est-à-dire les membres des cabinets ministériels, les collaborateurs du président de la République et des présidents des assemblées, les membres des autorités administratives ou publiques indépendantes, les titulaires d'un emploi ou de fonctions à la discrétion du gouvernement nommés en conseil des ministres et les dirigeants de certains organismes publics (Décis. n° 2013-676 DC, préc., consid. 22).

Enfin, on mentionnera que si le Conseil constitutionnel a accepté que soient mentionnées dans les déclarations d'intérêts (et d'activités pour les parlementaires) les activités professionnelles exercées par le conjoint, le partenaire lié par un PACS ou le concubin « compte tenu de la vie commune avec le déclarant », en revanche il a censuré sur le fondement d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée l'obligation de déclarer les activités professionnelles exercées par les enfants et les parents ou un autre membre de la famille du déclarant (Décis. n° 2013-675 DC, consid. 29 et n° 2013-676 DC, consid. 15, préc.).

B. Les conditions de l'efficacité du contrôle

Dans sa note sur les deux projets de lois « transparence », la Commission pour la transparence financière

de la vie politique « n'a pas pris parti sur le principe et les modalités de la publicité des déclarations de patrimoine, qu'elle n'a pas regardés comme déterminants pour l'efficacité de son contrôle » (note annexée au seizième rapport de la Commission pour la transparence financière de la vie politique, JO 13 déc. 2013).

Tout au long de ses vingt-cinq années d'existence, la Commission pour la transparence financière de la vie politique n'aura eu de cesse, dans ses rapports publics, de demander le renforcement du dispositif de contrôle de l'évolution du patrimoine des responsables publics (au jour de la publication du dernier rapport de la Commission, sur les dix-neuf dossiers de variation de situation patrimoniale transmis au parquet, douze avaient donné lieu à des décisions de classement sans suite, des poursuites n'ayant été engagées que dans un seul cas, celui de Jérôme Cahuzac...). Elle a été partiellement entendue en 2011, le législateur lui ayant accordé le droit de demander la transmission et, à défaut, d'obtenir la communication des déclarations faites par les assujettis au titre de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt de solidarité sur la fortune (lois n^{os} 2011-410 et 2011-412 du 14 avr. 2011). D'autres de ses recommandations ont été reprises par les lois « transparence » en 2013, s'agissant notamment de la connaissance des revenus perçus pendant l'exercice du mandat ou des fonctions, de la déclaration des modifications substantielles affectant la composition du patrimoine durant l'exercice des fonctions ou encore de l'extension des pouvoirs d'investigation de la Haute Autorité à l'entourage du déclarant.

Pour autant, la Commission pour la transparence financière de la vie politique n'a pu que regretter, dans son dernier rapport public, que « certaines prérogatives qu'elle estimait, à la lumière de son expérience, nécessaires à l'efficacité des contrôles », n'aient pas été prévues par le nouveau dispositif législatif. Ainsi « n'a pas été retenue la proposition émise par la Commission de confier à la Haute Autorité un droit d'accès aux informations détenues par l'administration fiscale, c'est-à-dire un droit de communication propre, sans se limiter à la faculté d'activer ceux dont dispose l'administration fiscale. En outre, le législateur n'a pas doté la Haute Autorité de pouvoirs d'enquête lui permettant d'accéder, avec le consentement des personnes assujetties, à des documents situés dans les locaux professionnels. Enfin, la possibilité pour la Haute Autorité d'examiner le patrimoine des enfants mineurs des assujettis, afin de lutter plus efficacement contre des comportements de contournement de la législation, n'a pas été introduite ».

L'on ajoutera, que si « la Haute Autorité dispose des crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions » (art. L. 19, VI), l'efficacité de son contrôle dépendra en dernière analyse des moyens humains, matériels et financiers qui lui seront effectivement attribués dans l'exercice de ses missions.

Il y a des « progrès » démocratiques qui font reculer les libertés et des dérives personnelles qui emballent le débat public et la plume du législateur. Les lois « transparence » ont sacrifié sur l'autel de la morale publique la confidentialité des déclarations de patrimoine mais elles sont aussi venues rappeler avec force l'exigence d'éthique qui s'impose à tous les agents publics. L'affaire « Cahuzac » laissera des traces. Gageons qu'elle devrait inciter les responsables publics à davantage de vérité, sinon de vertu.