

L'ENCADREMENT DES REPRÉSENTANTS D'INTÉRÊTS

Point faible de la transparence dans les collectivités territoriales ?

par **Samuel Dyens**

Avocat associé, Responsable du pôle « Droit Pénal de l'Action Publique »,
Cabinet Goutal, Alibert & Associés, Maître de conférences associé à l'Université de Nîmes

Si les dispositions législatives et réglementaires relatives à la transparence de la vie publique pénètrent, peu à peu, la sphère publique territoriale, force est de constater que tel n'est pas le cas pour les mesures encadrant l'exercice des fonctions de représentants d'intérêts¹.

Fixées aux articles 18-1 à 18-10 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 de transparence de la vie publique², ces dispositions sont les moins connues et partant, les moins maîtrisées par les collectivités territoriales, leurs élus et leurs collaborateurs, et ce même si elles ont vocation à s'appliquer dans la sphère décentralisée depuis le 1^{er} juillet 2022.

Plusieurs explications (ou justifications parfois !). La modestie des obligations s'imposant aux dirigeants des collectivités territoriales et des sanctions qui y sont attachées conduit à ce que ces règles passent « sous les radars », à de rares exceptions. L'essentiel des obligations pèse sur les représentants d'intérêts, qui doivent en particulier s'inscrire sur le répertoire numérique des représentants d'intérêts, tenu par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP).

Par ailleurs, il ne faut pas relativiser le fait que beaucoup de responsables territoriaux ont une perception erronée de ce qu'est un « représentant d'intérêts » (certains ne faisant pas le lien avec le « lobbyiste »).

Et une fois la fonction saisie, beaucoup de ces mêmes responsables ne se sentent pas « influençables », c'est-à-dire qu'ils ne s'imaginent pas titulaires de responsabilités justifiant une telle entrée en communication.

Ce sentiment est d'ailleurs renforcé par la connaissance préalable du représentant d'intérêts dans de très nombreux cas. Ainsi des chambres de commerce et d'industrie, des chambres d'agriculture ou de métiers par exemple, interlocuteurs traditionnels et habituels des élus et agents locaux, et qui sont davantage perçus comme des partenaires de l'action publique que comme des lobbyistes. Pourtant, à la lecture de la liste des décisions publiques concernées par une action de représentation d'intérêts, mise en perspective avec les compétences décentralisées, on s'aperçoit sans difficulté que les élus locaux doivent se sentir très concernés par ces règles. Encore faut-il les connaître, de manière simple et opérationnelle, tant du point de vue du régime applicable que des obligations pesant sur eux.

■ Un régime encore méconnu par les acteurs locaux

Dans une logique opérationnelle, seront envisagés successivement les responsables territoriaux concernés par ces dispositions, les décisions relevant de leur compétence susceptibles de faire l'objet d'une action d'influence et ceux qui sont susceptibles d'être qualifiés de représentants d'intérêts.

Quels sont les responsables publics concernés ?

En application de la loi du 11 octobre 2013, et notamment de son article 18-2, deux grandes catégories de responsables sont susceptibles d'être visées par une action de représentation d'intérêts. Le choix a été fait dans le cadre de cette analyse de détailler de manière exhaustive les élus et agents visés, tant la lecture des textes – souvent par renvoi à d'autres – rend difficile la détermination des responsables publics assujettis.

Missions politiques

En premier lieu, sont concernés certains décideurs publics exerçant des missions de nature politique.

Régions et départements – Ainsi, pour les régions et les départements, sont concernés les présidents, les conseillers (vice-présidents ou non) titulaires d'une délégation de signature ou de fonction ainsi que les directeur, directeur adjoint et chef de cabinet du président du conseil régional ou départemental.

Communes – S'agissant des communes de plus de 100 000 habitants, des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de plus de 100 000 habitants et de la Métropole de Lyon, sont visés les maires et présidents, les adjoints et vice-présidents titulaires d'une délégation de fonction ou de signature, ainsi que les directeur, directeur adjoint et chef de cabinet des maires et présidents.

Pour la ville de Paris, sont concernés le maire, les adjoints au maire titulaires d'une délégation de fonction ou de signature, les membres du Conseil de Paris titulaires d'une délégation de fonction ou de signature ainsi que le directeur, directeur adjoint et chef de cabinet du maire.

Corse, Guyane et Martinique – Pour la collectivité de Corse, les collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, sont visés les présidents de l'assemblée délibérante (le cas échéant, le président de l'organe exécutif), les conseillers à l'assemblée de Guyane et de Martinique, les conseillers exécutifs de Martinique, les conseillers exécutifs de Corse titulaires d'une délégation de fonction ou de signa-

(1) S. Dyens, Répertoire numérique des représentants d'intérêts : quelles conséquences pour les collectivités territoriales ?, AJCT 2017. 498.

(2) V. égal. HATVP, *Lignes directrices pour le répertoire des représentants d'intérêts*, applicable depuis le 1^{er} oct. 2023. V. AJCT 2023. 398.

ture ainsi que les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet de ces présidents.

Collectivités d'outre-mer – Enfin, pour les autres collectivités d'outre-mer, sont concernés les présidents d'assemblée territoriale (le cas échéant, président élu de l'exécutif) et les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet de ces présidents.

Missions administratives

En second lieu, les décideurs publics exerçant des missions de nature administrative. Sont ici visés les agents publics nommés à des emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions justifient le dépôt d'une déclaration de situation patrimoniale auprès de la HATVP.

DGS – Tel est le cas pour le directeur général des services de régions, de départements, de la métropole de Lyon, de communes et d'EPCI de plus de 150 000 habitants.

Tel est également le cas pour le directeur général des services des autres EPCI assimilés à des communes de plus de 150 000 habitants, des caisses de crédit municipal dans les communes de plus de 150 000 habitants, des syndicats mixtes constitués exclusivement de collectivités territoriales et de groupements de collectivités assimilés à une commune de plus de 150 000 habitants, du CNFPT, des centres interdépartementaux de gestion de la fonction publique territoriale de la petite et grande couronne de la région Île-de-France ainsi que des centres de gestion de la fonction publique territoriale assimilés à une commune de plus de 150 000 habitants.

Paris – Enfin, s'agissant spécifiquement de la Ville de Paris, sont concernées les fonctions de secrétaire général de, secrétaires généraux adjoints, de directeurs généraux et directeurs, ainsi que de directeur du centre d'action sociale et directeur du crédit municipal. Cet inventaire « à la Prévert » révèle la grande complexité devant laquelle les responsables se trouvent pour savoir s'ils sont soumis ou non aux dispositions de la loi du 11 octobre 2013, sur la question des représentants d'intérêts. Une fois conscients de leur responsabilité, les responsables publics doivent ensuite maîtriser les décisions susceptibles d'être visées par une entrée en communication.

Quelles sont les décisions publiques concernées ?

Ici aussi, c'est la compréhension pédagogique du dispositif qui sera recherchée. Ainsi, deux grandes catégories de décisions sont à maîtriser.

(3) Décr. n° 2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts, sur lequel AJCT 2017. 301 ; AJCT 2017. 498

(4) Par ex., une déclaration d'utilité publique dans le cadre d'une procédure d'expropriation ou la décision de classement d'une installation classée pour la protection de l'environnement.

(5) Pour une analyse détaillée des critères à remplir afin d'être un représentant d'intérêts, v. S. Dyens, Répertoire numérique des représentants d'intérêts : quelles conséquences pour les collectivités territoriales ?, préc.

Décisions publiques – D'une part, le décret du 9 mai 2017³ fixe dans son annexe la liste des décisions publiques qui devront être mentionnées par les représentants d'intérêts dans le rapport annuel adressé à la HATVP.

S'agissant des collectivités et établissements territoriaux, sont plus spécifiquement visées :

- les décisions dites d'espèce, mentionnées à l'article L. 221-7 du code des relations entre le public et l'administration⁴,
- les marchés publics et les contrats de concession, lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens,
- les contrats valant autorisation temporaire d'occupation du domaine public,
- les baux emphytéotiques administratifs,
- les délibérations des collectivités territoriales approuvant la constitution d'une société d'économie mixte à opération unique
- et plus largement les décisions publiques locales.

« Autres » décisions publiques – D'autre part, est également visée une catégorie « fourre-tout », les « autres décisions publiques », concernant pour la sphère locale les décisions individuelles ayant pour objet :

- la délivrance,
- la modification,
- le retrait
- ou le renouvellement d'un agrément, d'une autorisation, d'une certification, d'une dérogation, d'une dispense, d'une exemption, d'une habilitation, d'une homologation, d'une inscription sur une liste, d'une licence, d'un permis, d'un titre, ou d'un avantage financier de quelque nature que ce soit, ainsi que les décisions individuelles de nomination.

Un permis de construire ou une autorisation de lotir peuvent parfaitement illustrer cette catégorie.

Périmètre matériel – D'importance, les responsables locaux doivent savoir le périmètre de ce que l'on qualifie de « décisions publiques ». Ainsi, cette notion recouvre la décision publique dont le représentant d'intérêts sollicite :

- l'adoption (la conclusion d'un bail emphytéotique administratif par exemple),
- mais aussi la décision publique en vigueur dont on souhaite la modification ou la suppression (modification d'une délibération fixant les critères d'obtention d'aides économiques par exemple)
- ainsi que la décision publique en projet, c'est-à-dire en cours d'adoption (un plan local d'urbanisme par ex.).

Les responsables locaux précédemment recensés doivent faire l'objet d'une vigilance particulière sur l'ensemble des catégories de décisions susceptibles de faire l'objet d'une entrée en communication de la part d'un représentant d'intérêts.

Qu'est-ce qu'une entrée en communication d'un représentant d'intérêts ?

Définition du représentant d'intérêts – Pour faire simple⁵, sont des représentants d'intérêts les personnes morales de droit privé, les établissements publics ou groupements publics exerçant une activité industrielle et commerciale, les différentes chambres de commerce et de l'industrie, les chambres des métiers et de l'artisanat ainsi que les chambres d'agriculture, dont un dirigeant, un employé ou un membre a « pour activité principale ou régulière d'influer sur la décision publique, notamment sur le contenu [...] d'un acte réglementaire en entrant en communication » avec un responsable territorial.

Sont également considérées comme tels, les personnes physiques qui exercent à titre individuel une activité professionnelle, à titre principal ou régulier, de représentation d'intérêts.

Les notions d'activité « principale » ou « régulière » sont précisées par le décret du 9 mai 2017 précité, qui indique qu'une personne qui y consacre plus de la moitié de son temps sur six mois, effectue une activité de représentation d'intérêts à titre principal. Quant au caractère régulier de l'activité, il sera retenu lorsque la personne a réalisé au moins dix actions de représentation d'intérêts sur une période de douze mois consécutifs.

Diversité des représentants d'intérêts – Pour illustrer ces catégories de représentants d'intérêts, outre les chambres consulaires expressément citées à l'article 18-2 précité, on peut mentionner :

- des associations ou fédérations d'usagers,
- des cabinets conseils,
- des sociétés commerciales défendant les intérêts liés à leurs activités économiques,
- des cabinets d'avocats,
- des organisations professionnelles
- mais aussi des établissements publics industriels et commerciaux,
- des ONG ou des fondations.

La diversité des structures doit, là aussi, conduire les élus et collaborateurs à une vigilance particulière, et ne pas s'arrêter au caractère associatif ou public (pour un EPCI par exemple) de son interlocuteur ou à la dimension d'intérêt général que revêt ou semble revêtir l'activité promue ou défendue.

À noter

Ne sont pas des représentants d'intérêts, au sens de la loi du 11 octobre 2013

- les élus dans l'exercice de leur mandat ;
- les partis et groupements politiques dans le cadre de leur mission prévue à l'article 4 de la Constitution ;
- les organisations syndicales de fonctionnaires ;
- les associations à objet culturel ;
- les associations représentatives des élus dans l'exercice des missions prévues dans leurs statuts.

S'agissant de la notion d'« entrée en communication », c'est-à-dire du contact pris par le représentant d'intérêts, plusieurs conditions doivent être remplies.

Entrée en communication : initiative – En premier lieu, l'activité de représentation d'intérêts ne peut être qualifiée comme telle que si l'entrée en communication avec le responsable public est réalisée à l'initiative du représentant d'intérêts⁶.

Sont ainsi des entrées en communication les rencontres physiques avec des responsables publics tels que des rendez-vous ou des déjeuners professionnels, mais également des conversations téléphoniques, des envois de courriers qu'ils soient électroniques ou par le biais de messages privés.

De la même manière, entrent dans cette notion les interpellations directes et nominatives sur les réseaux professionnels et/ou sociaux⁷.

En revanche, ne sont pas considérées comme des entrées en communication par exemple les campagnes de sensibilisation de l'opinion ou les manifestations sur la voie publique, à portée ou visée générale ou purement informative.

Notons que lorsque des entrées en communication sont opérées de manière répétée, sur une courte période, auprès d'une même catégorie de responsables publics et pour un même objet, elles forment une unique communication.

Entrée en communication : finalité – En second lieu, l'entrée en communication doit avoir une finalité claire : influencer une décision publique.

Par exemple, une entreprise demande une révision du PLU pour modifier le classement d'une zone afin de la rendre constructible ou en vue de faciliter les règles d'implantation de commerces.

Cette entrée en communication auprès du maire ou de l'adjoint chargé de l'urbanisme constitue une action de nature à influencer sur la décision publique et, par conséquent, une action de représentation d'intérêts. En revanche, une fois le PLU modifié, les démarches conduites par la même entreprise auprès des services de la municipalité pour obtenir l'autorisation de construire ne constituent pas une action de représentation d'intérêts⁸.

Dans la même logique, une demande de subvention n'est pas en principe une entrée en communication susceptible de constituer une action de représentation d'intérêts. Mais la démarche consistant à demander une modification des critères d'attribution d'une subvention annuelle, à solliciter une subvention ne s'inscrivant pas dans le cadre de critères préétablis ou à présenter un projet qui implique une décision de nature spécifique d'une autorité administrative constitue une action de représentation d'intérêts⁹.

Dès lors que le responsable local, au sens des dispositions précitées, fait l'objet d'une telle entrée en communication en vue d'influer une décision publique telle que définie, il doit s'assurer du respect d'un minimum d'obligations.

■ Des obligations modestes pour les responsables locaux

La principale obligation pour le responsable local est, pour le dire trivialement, de savoir « à qui il a affaire ? ». Cela passe tout simplement par la consultation du répertoire numérique des représentants d'intérêts, librement accessible sur le site de la HATVP.

L'absence d'enregistrement d'une structure qui paraît remplir les conditions prévues par la loi et qui sollicite une entrée en communication appelle une prudence – voire une méfiance – particulière. Par ailleurs, Plusieurs obligations pèsent sur les représentants d'intérêts que les responsables publics territoriaux et leurs entourages doivent maîtriser.

(6) Décr. du 9 mai 2017, préc., art.1^{er}.

(7) Décr. du 9 mai 2017, annexe 2.

(8) HATVP, *Illustrations des cas pratiques de nouvelles lignes directrices*, 1^{er} oct. 2023, p. 8.

(9) HATVP, *Illustrations des cas pratiques de nouvelles lignes directrices*, préc., p. 9.

Quelles obligations pour le représentant d'intérêts ?

Outre l'obligation de déclaration auprès de la HATVP à laquelle ils doivent obligatoirement se soumettre sous peine de sanctions pénales¹⁰, les représentants d'intérêts doivent respecter des obligations déontologiques précises.

Obligations déontologiques – Tenu d'exercer son activité avec probité et intégrité, le représentant d'intérêts notamment doit :

- s'abstenir de proposer ou de remettre à un responsable public des présents, dons ou avantages quelconques d'une valeur significative,
- également s'abstenir de toute démarche auprès de ces personnes en vue d'obtenir des informations ou des décisions par des moyens frauduleux,
- ou enfin, s'abstenir d'organiser des colloques, manifestations ou réunions, dans lesquels les modalités de prise de parole du responsable public sont liées au versement d'une rémunération, quelle qu'en soit la forme¹¹.

De plus, le représentant d'intérêts doit s'abstenir de toute incitation à l'égard des responsables locaux à enfreindre les règles déontologiques qui leur sont applicables, telles les obligations déontologiques résultant du code général de la fonction publique pour les agents ou de la Charte de l'élu local pour ce dernier.

Logiquement, les infractions pénales réprimant les manquements au devoir de probité sont aussi particulièrement concernées (trafic d'influence, délit d'avantage injustifié, corruption, corruption passive notamment ainsi que les dispositions relatives à la complicité et au recel).

Quelles sont les mesures à mobiliser par le responsable local ?

Lorsque le responsable local relève une méconnaissance de ses obligations déontologiques par un représentant d'intérêts, il doit porter cet élément à la connaissance de la HATVP.

Contrôle de la HATVP – Le responsable public peut procéder à la saisine de la HATVP¹². Cette saisine a pour finalité la vérification par la HATVP du respect par le représentant d'intérêts de ses obligations d'informations et impératifs déontologiques. La personne qui saisit la HATVP doit formuler par écrit les éléments nécessaires à l'analyse de la situation. À l'issue de cette saisine, la HATVP peut se faire communiquer par les représentants d'intérêts toute information ou tout document nécessaire à l'exercice de sa mission, « sans que le secret pro-

fessionnel puisse lui être opposé ». Elle peut également procéder à des vérifications sur place dans leurs locaux professionnels, sur autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Paris¹³.

Signalement à la HATVP – Le responsable local peut donc effectuer un signalement auprès de la HATVP¹⁴, par écrit, en apportant toutes précisions utiles sur les faits qu'il invoque au soutien de son signalement. Il s'agit ici de dénoncer un comportement ou des pratiques potentiellement contraires aux règles fixées aux articles 18-3 et 18-5 de la loi du 11 octobre 2013. La HATVP notifiera au représentant d'intérêts le ou les manquements aux obligations lui incombant, avant de le mettre en situation de présenter ses observations. À l'issue de cette procédure, la HATVP délivre une mise en demeure de respecter ses obligations. Par ailleurs, la HATVP avise le responsable public qui aurait répondu favorablement à une sollicitation effectuée par un représentant d'intérêts qui aurait manqué à ces obligations et, le cas échéant, lui adresse des observations, sans toutefois les rendre publiques.

Sanctions pénales – Des sanctions pénales sont enfin prévues, d'une part, lorsque le représentant d'intérêts ne communique pas, de sa propre initiative ou à la demande de la HATVP, les informations qu'il est tenu de communiquer à cette dernière (un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende)¹⁵, et d'autre part, lorsque le représentant d'intérêts auquel la HATVP a préalablement adressé, en application de l'article 18-7, une mise en demeure de respecter ses obligations déontologiques méconnaît à nouveau, dans les trois années suivantes, la même obligation (un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende)¹⁶.

Quelle politique globale de transparence mettre en place ?

Transparence – Il ne fait aucun doute que la mise en place de ces dispositions par les collectivités et établissements publics territoriaux concernés participe à la mise en œuvre des impératifs de transparence s'imposant à ces structures et à leurs dirigeants. Plus largement, elle contribue à la mise en œuvre d'une politique de *compliance*, sur les bases posées par la loi 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, dite loi « Sapin 2 ».

Compliance – Plusieurs « briques » de la politique de prévention des risques d'atteintes au devoir de probité peuvent être satisfaites ou alimentées par ces dispositions relatives aux représentants d'intérêts.

Logiquement, la cartographie des risques doit intégrer les directions et services faisant l'objet d'entrées en communication ; cela signifie que les risques de sollicitations seront accrus par rapport à d'autres.

De même, le code de conduite peut utilement intégrer le rappel de ces dispositions et indiquer les bonnes pratiques à adopter en cas d'entrée en communication.

Par ailleurs, l'évaluation des tiers pourra judicieusement prendre en compte le respect par les partenaires et prestataires de la collectivité ou de l'EPCI de leurs éventuelles obligations en tant que représentants d'intérêts.

Enfin, et *a minima*, une information des élus et agents publics susceptibles de faire l'objet d'une entrée en communication par un tel représentant d'intérêts pourra être organisée. Sans préjudice de la mise en œuvre de mesures volontaristes de transparence, comme la « pratique de l'agenda ouvert » ou la mise en place d'un registre des entrées en communication recensant exhaustivement ces dernières pour les porter à la connaissance du public.

(10) Loi du 11 oct. 2013, art. 18-9 et 18-10.

(11) Pour une liste exhaustive des obligations déontologiques des représentants d'intérêts, v. loi du 11 oct. 2013, art. 18-5, préc.

(12) Décr. du 9 mai 2017, préc., art. 7, al. 1^{er}.

(13) Décr. du 9 mai 2017, préc., art. 9 à 11.

(14) Décr. du 9 mai 2017, préc., art. 7, al. 2.

(15) Loi du 11 oct. 2013, art. 18-9.

(16) Loi du 11 oct. 2013, art. 18-10.