

TEXTE INTÉGRAL

Rejet
ECLI : ECLI:FR:CECHR:2020:440963.20201104
Recours : Excès de pouvoir

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 2 juin et 3 septembre 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. A B demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la délibération n° 2020-49 du 31 mars 2020 de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique en ce qu'elle a émis un avis négatif sur son projet de conclure un contrat avec le Groupement des industriels français de l'énergie nucléaire (GIFEN) à l'effet de présider l'édition 2020 du salon " World Nuclear Exhibition " (WNE) ;

2°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision du 16 avril 2020 du ministre de l'Europe et des affaires étrangères en tant qu'elle lui a, en conséquence, refusé l'autorisation de présider l'édition 2020 du salon WNE ;

3°) d'enjoindre au ministre de l'Europe et des affaires étrangères, dans un délai de cinq jours, de l'autoriser à conclure le contrat précité avec le GIFEN à l'effet de présider l'édition 2020 du salon WNE sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard ;

4°) d'enjoindre à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique de rendre, dans le même délai, un avis de compatibilité concernant le projet précité puis, dans le délai de cinq jours suivant cet avis, d'enjoindre au ministre d'en tirer les conséquences en lui accordant l'autorisation de conclure le contrat précité, sous astreinte de 1000 euros par jour de retard ;

5°) à titre subsidiaire, d'enjoindre au ministre de l'Europe et des affaires étrangères, dans un délai de cinq jours, de réexaminer sa demande, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard ;

6°) à titre subsidiaire, d'enjoindre à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique de réexaminer son projet dans un délai de cinq jours et d'enjoindre au ministre, dans un délai de cinq jours suivant cet avis, de réexaminer sa demande, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard ;

7°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code pénal ;
- la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ;
- la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 ;
- la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 ;
- le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Charles-Emmanuel Airy, auditeur,
- les conclusions de Mme Karin Ciavaldini, rapporteur public ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 8 octobre 2020, présentée par M. B ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier que M. B a exercé les fonctions de secrétaire général du ministère de l'Europe et des affaires étrangères de juin 2017 à juillet 2019. Le 19 janvier 2020, il a saisi le ministre de l'Europe et des affaires étrangères d'une demande relative à la compatibilité avec ses fonctions antérieures d'activités privées qu'il envisageait d'exercer, consistant à assurer, d'une part, la présidence de la société unipersonnelle MGM-GO (Global Outlook) qu'il entendait créer et qui aurait pour objet le conseil et, d'autre part, celle du salon " World Nuclear Exhibition " (WNE), organisé par le Groupement des industries françaises de l'énergie nucléaire (GIFEN), qui devait se tenir en 2020 à Paris. Le ministre a soumis cette demande à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Par une délibération du 31 mars 2020, cette dernière a émis un avis de compatibilité sous réserves s'agissant de la présidence de la société MGM-GO et estimé que la présidence du salon WNE, rémunérée par le GIFEN, n'était pas compatible avec les fonctions antérieures de l'intéressé qui, en sa qualité de secrétaire général du ministère de l'Europe et des affaires étrangères, avait été membre du conseil d'administration des sociétés EDF et Orano. Par une décision du 16 avril 2020, le ministre a tiré les conséquences s'attachant nécessairement à cet avis. M. B demande au Conseil d'Etat d'annuler la délibération de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique du 31 mars 2020 et la décision du ministre de l'Europe et des affaires étrangères du 16 avril 2020 en tant qu'elles portent sur la présidence du salon WNE.

2. D'une part, en vertu du 4° du II de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique est chargée d'émettre un avis sur le projet de cessation temporaire ou définitive des fonctions d'un fonctionnaire qui souhaite exercer une activité privée lucrative, dans les conditions prévues aux III et IV du même article. Le III dispose qu'il appartient au fonctionnaire cessant définitivement ou temporairement ses fonctions de saisir à titre préalable l'autorité hiérarchique dont il relève afin d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé ou de toute activité libérale avec les fonctions qu'il a exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité et que, dans l'hypothèse où, ayant un doute sérieux, elle a saisi le référent déontologue et que l'avis de celui-ci ne permet pas de lever le doute, l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité. Le IV précise que lorsqu'elle émane d'un fonctionnaire occupant un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifie, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat, l'autorité hiérarchique soumet la demande à l'avis préalable de la Haute Autorité.

3. Le IX de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 dispose que, pour l'exercice de la mission prévue au 4° du II de cet article, la Haute Autorité rend, dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, un avis de compatibilité, de compatibilité avec réserves, celles-ci étant prononcées pour une durée de trois ans, ou d'incompatibilité et que l'absence d'avis dans ce délai vaut avis de compatibilité. Le X précise que seuls les avis de compatibilité avec réserves et les avis d'incompatibilité " lient l'administration et s'imposent à l'agent. Ils sont notifiés à l'administration, à l'agent et à l'entreprise ou à l'organisme de droit privé d'accueil de l'agent. " En vertu du XI, lorsque de tels avis ne sont pas respectés, le fonctionnaire peut faire l'objet de poursuites disciplinaires et le fonctionnaire retraité d'une retenue sur pension pouvant atteindre 20 % du montant de la pension versée, pendant les trois ans suivant la cessation de ses fonctions. Enfin, aux termes de l'article 21 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique : " L'administration rend sa décision dans un délai de quinze jours à compter de la notification de l'avis de la haute autorité ou de l'échéance du délai de deux mois suivant la saisine de celle-ci mentionné au dernier alinéa du IX de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 susvisée. "

4. D'autre part, aux termes de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort : " () 3° Des litiges concernant le recrutement et la discipline des agents publics nommés par décret du Président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (troisième alinéa) de la Constitution et des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat ; 4° Des recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités suivantes, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation : () - la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ". Aux termes de l'article R. 312-12 du même code: " Tous les litiges d'ordre individuel, y compris notamment ceux relatifs aux questions pécuniaires, intéressant les fonctionnaires ou agents de l'Etat () relèvent du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve le lieu d'affectation du fonctionnaire ou agent que la décision attaquée concerne. / () / Si cette décision () concerne un ancien fonctionnaire ou agent, () la compétence est déterminée par le lieu de la dernière affectation de ce fonctionnaire ou agent ".

Sur la recevabilité de la requête et sur la compétence du Conseil d'Etat en premier ressort :

5. L'avis par lequel la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique s'est prononcée sur la compatibilité du projet

d'activité privée lucrative de M. B avec les fonctions de secrétaire général du ministère de l'Europe et des affaires étrangères qu'il a exercées jusqu'en juillet 2019 a le caractère d'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, dont le Conseil d'Etat est, en application des dispositions précitées du 4° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, compétent pour connaître en premier ressort. Par suite, la fin de non-recevoir opposée par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ne peut qu'être écartée.

6. S'il résulte des dispositions combinées des articles R. 311-1 et R. 312-12 du code de justice administrative que le recours formé par M. B contre la décision prise par le ministre de l'Europe et des affaires étrangères pour tirer les conséquences de la délibération de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique relève en principe de la compétence en premier ressort du tribunal administratif de Paris, une telle décision ne portant ni sur le recrutement, ni sur la discipline d'un agent public mentionné au 3° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat est cependant compétent pour en connaître en premier ressort en l'espèce, en application des dispositions de l'article R. 341-1 du code de justice administrative, eu égard à la connexité de ces conclusions avec celles qui sont dirigées contre la délibération de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

Sur la légalité externe de la délibération de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique :

7. Aux termes de l'article L. 100-1 du code des relations entre le public et l'administration : " Le présent code régit les relations entre le public et l'administration en l'absence de dispositions spéciales applicables. Sauf dispositions contraires du présent code, celui-ci est applicable aux relations entre l'administration et ses agents ". L'article L. 121-1 du même code dispose que : " Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de l'article L. 211-2, ainsi que les décisions qui, bien que non mentionnées à cet article, sont prises en considération de la personne, sont soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable. " Aux termes de l'article L. 211-2 du même code : " Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. / A cet effet, doivent être motivées les décisions qui : () 7° Refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions du a au f du 2o de l'article L. 311-5 ; "

8. Si M. B soutient que la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique a méconnu le principe des droits de la défense en ne le mettant pas en mesure de présenter des observations préalablement à l'adoption de l'avis qu'il conteste, cet avis doit être regardé comme ayant été rendu sur une demande de l'intéressé. Par suite, le moyen tiré de ce que l'avis serait entaché d'illégalité faute d'avoir été précédé d'une procédure contradictoire doit être écarté.

Sur la légalité interne de la délibération de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique :

9. Lorsqu'elle exerce l'attribution prévue au 4° du II de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique examine, aux termes du VI de cet article, si l'activité envisagée par le fonctionnaire présente un risque pénal, c'est-à-dire risque " de placer l'intéressé en situation de commettre les infractions prévues aux articles 432-12 ou 432-13 du code pénal ". Les dispositions de l'article 432-13 du code pénal punissent de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 € , dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait notamment, pour toute personne ayant été chargée en tant que fonctionnaire et dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans cette entreprise avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions. Pour apprécier ce risque, il appartient à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, non d'examiner si les éléments constitutifs de ces infractions sont effectivement réunis, mais d'apprécier le risque qu'ils puissent l'être et de se prononcer de telle sorte qu'il soit évité à l'intéressé comme à l'administration d'être mis en cause.

10. La Haute Autorité examine par ailleurs, en application des mêmes dispositions de la loi du 13 juillet 1983, si l'activité envisagée présente un risque déontologique, c'est-à-dire " si elle risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service [ou] de méconnaître tout principe déontologique mentionné à l'article 25 de la présente loi ".

11. Pour estimer que la présidence du salon WNE n'était pas compatible avec les fonctions antérieurement exercées par M. B, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique s'est fondée sur la double circonstance que ce dernier avait représenté les intérêts de l'Etat actionnaire au sein du conseil d'administration des sociétés EDF et Orano en sa qualité de secrétaire général du ministère de l'Europe et des affaires étrangères et que ces deux sociétés, fondatrices et membres du GIFEN, jouaient un rôle majeur dans le secteur nucléaire français. Elle a estimé que la présidence, dans le cadre d'une activité lucrative, de ce salon

organisé par le GIFEN, et dont l'objet est de promouvoir les intérêts des entreprises de ce secteur, présentait, d'une part, un risque de prise illégale d'intérêts au sens des dispositions de l'article 432-13 du code pénal, d'autre part, un risque déontologique important, eu égard aux doutes légitimes qu'elle pourrait faire naître sur les conditions dans lesquelles M. B a exercé les pouvoirs d'administrateur représentant les intérêts de l'État actionnaire au sein des sociétés EDF et Orano.

12. M. B soutient que la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique a inexactement qualifié les faits de l'espèce en estimant que le GIFEN, qui constitue un syndicat professionnel au sens de l'article L. 2131-1 du code du travail, devait être regardé comme une entreprise privée au sens de l'article 432-13 du code pénal et qu'il l'aurait lui-même contrôlé ou surveillé, au sens de ces mêmes dispositions. Il ressort cependant des termes mêmes de l'avis attaqué que la Haute Autorité s'est fondée sur le fait qu'à travers le GIFEN, les sociétés EDF et Orano jouaient un rôle prépondérant dans l'organisation du salon WNE. Or, il ressort des pièces du dossier que le Conseil du GIFEN, qui assure l'administration du groupement, compte parmi ses dix-huit membres trois représentants d'EDF et deux représentants d'Orano, que le Bureau, chargé de la mise en oeuvre des décisions du Conseil, compte, parmi ses dix membres, deux représentants d'EDF et un représentant d'Orano et que son actuel président est membre du comité exécutif du groupe EDF.

13. Dans le dernier état de ses écritures, M. B soutient, il est vrai, que la Cour de cassation n'aurait jamais fait application de la " théorie de l'interposition de personnes " au délit de prise illégale d'intérêts et que la Haute Autorité a commis une erreur de droit en n'apportant pas la preuve que les conditions en étaient effectivement réunies en l'espèce. Toutefois, eu égard à l'appréciation qu'il revient à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique de porter sur le risque pénal, telle que précisée au point 9 ci-dessus, au fait que l'infraction prévue et réprimée à l'article 432-13 du code pénal est susceptible d'être constituée même si des personnes morales distinctes s'interposent entre le fonctionnaire et les entreprises qu'il a surveillées ou contrôlées et à l'importance du salon WNE pour les intérêts des sociétés EDF et Orano, la Haute Autorité n'a pas fait une inexacte application des dispositions du VI de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 en se fondant sur le motif exposé au point 12 pour estimer que la présidence du salon WNE qu'envisageait d'exercer M. B présentait un risque pénal.

14. Le requérant soutient par ailleurs que la présidence du salon WNE ne pouvait être regardée comme présentant un risque déontologique, qu'elle n'était pas susceptible d'avoir une incidence sur le fonctionnement normal du ministère de l'Europe et des affaires étrangères et que, en tout état de cause, le risque déontologique, y compris le risque que la neutralité et l'impartialité avec lesquelles il avait défendu les intérêts de l'État actionnaire au sein des sociétés EDF et Orano puissent être suspectées, aurait pu être prévenu par des réserves appropriées. Toutefois, compte tenu des éléments qu'elle a relevés, la Haute Autorité n'a pas commis d'erreur d'appréciation ni fait une inexacte application des dispositions du VI de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 en estimant que la présidence du salon WNE était susceptible de faire naître des doutes sur les conditions dans lesquelles M. B avait exercé les pouvoirs d'administrateur représentant les intérêts de l'État actionnaire au sein des sociétés EDF et Orano et en se fondant sur ce motif pour estimer que la présidence envisagée présentait un risque déontologique, sans qu'aucune réserve n'apparaisse propre à le prévenir.

15. Il résulte de tout ce qui précède que la requête de M. B doit être rejetée.

16. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'État qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1er : La requête de M. B est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. A B, à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique et au ministre de l'Europe et des Affaires étrangères.

Composition de la juridiction : M. Alain Ménéménis, Mme Karin Ciavaldini, M. Charles-Emmanuel Airy