

No.2 | Juillet 2015
| Numéro spécial : «Privacy»

Montesquieu Law Review

Transparence de la vie publique et respect de la vie privée
Messaoud Saoudi, Maître de conférences, Université Lumière Lyon II



Programme financé par l'ANR
n°ANR-10-IDEX-03-02

FORUM
MONTESQUIEU
Faculté de droit et science politique

université
de **BORDEAUX**

Transparence de la vie publique et respect de la vie privée

Messaoud Saoudi, Maître de conférences, Université Lumière Lyon II

« La vertu politique est un renoncement à soi-même, qui est toujours une chose très pénible » (1)

Montesquieu, *L'Esprit des lois*

Citation suggérée : Messaoud Saoudi, *Transparence de la vie publique et respect de la vie privée*, 1 Montesquieu Law Review (2015), n° 2, disponible sur le site

<http://www.montesquieulawreview.eu/review.htm>

Concilier transparence de la vie publique et respect de la vie privée semble être l'objectif poursuivi par les lois françaises du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique du moins dans leurs dispositions relatives à l'obligation de déclaration d'intérêts et de patrimoine imposées aux personnes exerçant un mandat politique ou en charge d'une mission de service public.

La distinction entre vie publique et vie privée résulte d'une conception libérale de la société politique : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (DDHC) établit la disjonction entre la personne (vie privée) et la fonction (vie publique). En ce sens, la Révolution française qui se veut démocratique et libérale s'oppose à un Ancien régime monarchique où « chose privée » et « chose publique » étaient, dans une « société de cour », intimement liées et toutes deux symbolisées en la personne du Roi, personnage à la fois public et privé. Le libéralisme politique dans notre société de l'information réaffirme en la renforçant cette distinction. Par ailleurs, la proclamation de la République en 1792 se fonde sur un projet de transparence de la gestion des affaires publiques opposé en cela au caractère jugé souvent opaque de la gestion financière de la « maison du Roi » d'Ancien régime. C'est d'ailleurs des questions d'ordre financier qui semblent à l'origine des révolutions démocratiques européennes. En ce sens, pour reprendre les propos d'un auteur, « la démocratie est mensongère si elle n'aborde pas de front la question de l'argent » (2). On comprend la tension vive qui peut exister au sein de nos sociétés démocratiques entre transparence de la vie publique (l'argent public appelle la transparence) et respect de la vie privée (l'argent privé des responsables publics ne peut pas être totalement secret).

La question de la transparence de la vie publique a ressurgi récemment suite au « séisme politique » qu'a constituée en France « l'affaire Cahuzac », nom du ministre délégué chargé du Budget mis en examen le 2 avril 2013 par un juge d'instruction pour blanchiment d'argent provenant de fraude fiscale. Les lois organique et ordinaire du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie politique dites « lois Cahuzac » (3) paraissent résulter, outre du rapport de la commission d'enquête parlementaire sur cette affaire (4), des travaux antérieurs menés respectivement au sein de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique présidée en 2010 par le Vice-président du Conseil d'État Jean Marc Sauvé et au sein de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée en 2012 par l'ancien Premier ministre Lionel Jospin. Face à la « crise de confiance » que connaît notre démocratie, ces commissions souhaitent, pour l'une, prévenir ou régler les situations de conflits

d'intérêts en particulier entre intérêts publics et intérêts privés (5) ; pour l'autre, ouvrir le chantier de « la rénovation de la vie publique » à travers notamment la publication du patrimoine des élus (6) ; est ainsi affirmée par ces deux commissions l'exigence d'une déontologie de la responsabilité du personnel politique à travers l'obligation de déclaration d'intérêts et de patrimoines notamment pour les parlementaires et les ministres. Une approche comparée montre que ces exigences démocratiques de prévention des conflits d'intérêts et de déclaration du patrimoine sont encadrées par des textes de portée juridique variable afin de préserver le droit au respect de la vie privée : ainsi, le droit anglo-saxon, qui sert souvent ici de modèle à l'établissement de telles mesures, consacre un dispositif établi sur la base de textes de loi (la loi canadienne du 12 décembre 2006 sur les conflits d'intérêt) ou de simples codes de déontologie (ainsi au Royaume-Uni, le *Ministerial code* édicté en 2010 par le Premier ministre et le *Civil service management code* édicté sur la base d'une décision ministérielle de 1995) (7).

Les « lois Cahuzac » ont avant tout pour ambition de renouer le lien entre le pouvoir politique et le citoyen et à renforcer ainsi la légitimité des gouvernants auprès des gouvernés ; ces lois ont été fortement critiquées notamment par l'actuel président de l'Assemblée nationale qui dénonce l'instauration par ces lois d'une « démocratie paparazzi » (8) ; elles semblent en tout cas marquer une nouvelle étape de la démocratie française. Le citoyen-contribuable exige en effet une transparence de la vie publique et une plus grande responsabilité des personnalités politiques et de leurs collaborateurs. Ces lois semblent ainsi intégrer la notion anglo-saxonne d'« *accountability* » au sens ici de transparence des activités et responsabilité des acteurs publics. Les lois organique et ordinaire du 11 octobre 2013 soumettent ainsi plus de huit mille élus et non élus à une obligation de déclaration de patrimoine et d'intérêts. Si le contenu des dispositions de ces lois est assez ambitieux, leur portée paraît assez limitée.

I – Des dispositions au contenu ambitieux

Les dispositions de ces lois relatives aux déclarations de patrimoine et d'intérêts retiennent l'attention car elles sont susceptibles de porter atteinte au droit au respect de la vie privée.

1 – La déclaration de patrimoine

La loi organique définit les obligations des parlementaires en la matière, elle est accompagnée d'une loi ordinaire qui vient préciser les obligations pesant sur les membres du gouvernement, les élus locaux et toutes autres personnes chargées d'une mission de service public.

Sont ainsi soumis à l'obligation de déclaration de patrimoine, les membres de cabinets ministériels, les collaborateurs du Président de la République, du président de l'Assemblée nationale et du Sénat, les députés, sénateurs et les représentants français au Parlement européen, les présidents des conseils départementaux et régionaux, les maires des communes et présidents d'EPCI à fiscalité propre de plus de 20 000 habitants, le président de la Métropole de Lyon, les membres des autorités administratives et publiques indépendantes (AAI et API), les présidents directeurs généraux des entreprises dont le capital social est détenu majoritairement par des personnes publiques. Cette déclaration ne vise que les biens (9) du titulaire du mandat ou de la fonction et non ceux du conjoint, du partenaire lié par un PACS ou du concubin (l'activité professionnelle de ces derniers est cependant soumise à déclaration) ; les biens de la communauté y sont aussi inclus. Cette déclaration, qui doit être exhaustive, sincère et certifiée sur l'honneur, est faite dans les deux mois suivant l'entrée en fonction ou de la date de nomination et déposée auprès de la Haute autorité de transparence de la vie publique (HATVP). Cette dernière rend

publiques les déclarations de patrimoine des membres du gouvernement. Les déclarations des parlementaires sont uniquement consultables en préfecture et par les seuls électeurs inscrits sur les listes électorales. La divulgation des informations contenues dans ces déclarations de patrimoine, seulement consultables (parlementaires) et celles non rendues publiques par la HATVP (membres du gouvernement), constitue un délit puni d'un an d'emprisonnement et de 45000€ d'amendes à moins que le déclarant ait lui-même rendus publics les éléments de sa déclaration. Afin de protéger la vie privée de l'élu ou d'un membre du gouvernement, certaines informations ne sont pas rendues publiques (adresse personnelle, noms du conjoint, du partenaire ou concubin ainsi que des autres membres de la famille, ou encore la localisation précise des biens immobiliers,...) (10). Il s'agit par ces mesures répressives de sanctionner toute violation de l'intimité de la vie privée au sens de l'Art. 226-1 du Code pénal.

2 – La déclaration d'intérêts

Lors de leur dépôt au Parlement, les projets de loi organique et ordinaire relatifs à la transparence de la vie publique, après avoir relevé les limites du droit actuel en matière de déclaration d'intérêts, envisageaient une refonte du dispositif « avec l'objectif de placer notre pays au rang des démocraties les plus avancées en matière de prévention des conflits d'intérêts, et d'utiliser le principe de transparence au service de cet objectif » (11). Aux termes de l'Art. 1° de la loi ordinaire « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». Cette définition objective de conflit d'intérêts a le mérite de dépasser la notion répressive de « prise illégale d'intérêt » de l'Art. 432-12 du Code pénal. Ainsi une situation de conflit d'intérêts peut être établie sur la base d'une simple apparence légitime au sens de la *due process law*; la personne visée est alors soumise à une obligation d'abstention (« système de déport ») et elle doit par conséquent être supplée suivant les règles propres à l'organisme concerné (12). La personne, élue ou non élue, en situation de conflit d'intérêt s'abstient alors de siéger au sein de l'organisme et/ou d'user de son pouvoir de délégation de signature. Sont ici visés les parlementaires nationaux et européens, les membres du gouvernement, les élus locaux ; également les membres des cabinets ministériels, les collaborateurs des plus hautes autorités de l'État (Président de la République, présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat) et les membres des AAI et API. La HATVP ne rend publiques que les seules déclarations d'intérêts des personnes exerçant des fonctions électives et ministérielles. La consultation de ces déclarations s'effectue en préfecture et est ouverte aux seuls électeurs inscrits sur les listes électorales.

En matière de prévention des conflits d'intérêts, interdiction est ainsi faite aux députés et aux sénateurs d'exercer une fonction de conseil ou des fonctions au sein de sociétés entretenant un lien étroit avec l'administration (Art. 2 de la loi organique); est également envisagé de réduire à un mois la durée de versement de l'indemnité des ministres dans le cas où ils n'ont pas repris d'activité rémunérée (indemnité non versée en cas de manquement de l'intéressé à ses obligations de déclaration d'intérêts auprès de la HATVP prévu à l'Art.3). Afin de prévenir certains conflits d'intérêts, les lois sont venues durcir le régime d'incompatibilité applicable aux membres du Parlement et du Conseil Constitutionnel. Ce dernier par deux décisions est venu préciser voire quelque peu modifier la portée effective des dispositions de ces lois.

II – Des dispositions à la portée limitée

Les décisions du Conseil constitutionnel viennent préciser la portée de ces lois et ainsi déterminer

le champ de compétence de l'organe chargé de veiller à leur respect, la HATVP.

1 – La portée normative

Par deux décisions (13), le Conseil valide les deux lois à l'exception toutefois de quelques dispositions déclarées contraires à la Constitution et des réserves d'interprétation.

Sur le fondement du droit au respect de vie privée garanti par l'Art.2 de la DDHC (14) de 1789 et consacré par sa jurisprudence antérieure (15), le Conseil rappelle ainsi que « la liberté proclamée par cet article implique le droit au respect de la vie privée ; que le dépôt de déclarations d'intérêts et de déclarations de situation patrimoniale contenant des données à caractère personnel relevant de la vie privée ainsi que la publicité dont peuvent faire l'objet de telles déclarations portent atteinte au respect de la vie privée ; que, pour être conformes à la Constitution, ces atteintes doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif » (16). Ainsi le Conseil limite par une réserve d'interprétation l'étendue des obligations de déclaration de l'activité professionnelle des « parents et enfants » ou d' « autres membres de la famille » d'un parlementaire (17) et des titulaires de certaines fonctions ou emplois publics (18). Il a par ailleurs invalidé l'essentiel des dispositions de l'Art. 12 II de la loi ordinaire qui prévoyait la possibilité ouverte aux électeurs de consulter en préfecture les déclarations de patrimoine de leurs élus locaux estimant qu'il y avait là une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée au regard de l'objectif de transparence poursuivi par le législateur (19). De plus, les déclarations d'intérêts des agents n'exerçant aucun mandat politique mais une simple fonction administrative ne peuvent être rendues publiques (20).

Ces réserves d'interprétation et/ou d'invalidation ont en définitive pour effet d'encadrer davantage le statut et les pouvoirs de l'institution créée pour veiller au respect de ces lois, la HATVP : celle-ci a été dotée par le législateur d'un pouvoir d'injonction mais les décisions du Conseil en ont limité la portée à l'égard des parlementaires (21) et aussi des collaborateurs des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat (22) et ce sur le fondement du principe de séparation des pouvoirs. Les décisions du Conseil ont ainsi une portée institutionnelle non négligeable.

2 – La portée institutionnelle

La loi du 11 octobre 2013 supprime la Commission pour la transparence financière de la vie politique, créée alors par la loi du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, en lui substituant une Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) aux pouvoirs de contrôle et de sanction renforcés. Autorité administrative indépendante (AAI) et à ce titre ses membres sont soumis à l'obligation de déclaration de patrimoine et d'intérêts (23), la HATVP est composée de 9 membres dont le président nommé par le Chef de l'État, les huit autres étant nommés par les autorités juridictionnelles (Conseil d'État, Cour de cassation et Cour des comptes) et parlementaires (président du Sénat et président de l'Assemblée nationale) (24). Son budget demeure toutefois rattaché à la mission « Direction de l'action du gouvernement » ce qui nuance son autonomie financière et par conséquent sa réelle indépendance à l'égard de l'exécutif.

La HATVP est chargée de recevoir la déclaration de patrimoine et d'intérêts notamment par voie électronique (25) en début et fin de mandat de certaines personnalités publiques notamment les membres du Gouvernement, les parlementaires nationaux et européens, les élus locaux, les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République (26). Toute modification de la situation patrimoniale durant l'exercice du mandat ou de la fonction doit être

déclarée dans un délai de deux mois pour les députés ou d'un mois pour les autres personnes concernées. Une déclaration incomplète ou mensongère est sanctionnée par une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45000€ d'amendes (27) (cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende pour les membres du gouvernement). Le non-respect de l'obligation de transmission fait encourir à son auteur les mêmes sanctions pénales et aussi d'inéligibilités. Elle peut être saisie par le Premier ministre, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que par les associations agréées de lutte contre la corruption (« Regards citoyens », « Anticor », « *Transparency International France* ») ; la HATVP pourra aussi s'autosaisir si elle constate des manquements et en informer les autorités compétentes. « Elle publie un rapport annuel remis au président de la République, au Premier ministre et au Parlement et peut formuler des recommandations pour l'application de la législation en matière notamment de relations avec les représentants d'intérêts » (28).

L'activité de la HATVP est révélée à travers certaines affaires récentes transmises notamment au parquet national financier (PNF), institution spécialisée dans la lutte contre la grande délinquance financière créée en 2013 (cas de défaut ou d'omission de déclarations de patrimoine visant des parlementaires et membres du gouvernement), affaires diligentées souvent avec l'aide et l'appui de l'administration fiscale avec laquelle la HATVP entretient des liens très étroits.

Le législateur de 2013, qui s'inspire de la notion anglo-saxonne d'« accountability », semble partir de l'idée qu'à défaut d'une responsabilité effective, il s'agit de promouvoir une simple déontologie des gouvernants (29) montrant ainsi les limites du droit dès lors qu'il s'agit d'encadrer et de sanctionner le statut et le rôle des représentants des pouvoirs publics et de leurs collaborateurs (30). On relève par ailleurs que c'est au nom du droit au respect de la vie privée que les décisions du Conseil constitutionnel viennent limiter le champ d'application des lois de 2013 et par voie de conséquence l'efficacité de l'action de la HATVP. Le droit au respect de la vie privée est précisément défini par les textes et la jurisprudence au contraire de la notion de transparence de la vie publique. Seule la pratique et la mise en œuvre concrète de la procédure de contrôle et de sanction révéleront l'efficacité et donc l'intérêt au fond d'avoir institué une HATVP.

Notes

- (1) Charles de Secondat baron de Montesquieu, *Oeuvres de Montesquieu contenant l'Esprit des lois*, Livre IV, Chapitre V, A. Belin Imprimeur Libraire, Paris, édition 1817, p. 28.
- (2) A. Etchegoyen, *La démocratie malade du mensonge*, éd. François Bourin, 1993, p.161.
- (3) Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF* n°0238 du 12 octobre 2013 p. 16824 et Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF* n°0238 du 12 octobre 2013 p. 16829.
- (4) Rapport n°1408 des députés M. Ch. de Courson (Président) et M. A. Claeys (Rapporteur) fait au nom de la commission d'enquête relative aux éventuels dysfonctionnements dans l'action du Gouvernement et des services de l'État, notamment ceux des ministères de l'économie et des finances, de l'intérieur et de la justice, entre le 4 décembre 2012 et le 2 avril 2013, dans la gestion d'une affaire qui a conduit à la démission d'un membre du Gouvernement, Assemblée nationale, 8 octobre 2013, p.96.
- (5) Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, LDF, Paris, 121p.
- (6) Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Pour un renouveau démocratique*, LDF, Paris, 130p.

- (7) Ministerial code, Cabinet Office, 21 may 2010, 30 p ; Civil service management code, 88 p.
- (8) Note du Président de l'Assemblée nationale transmise au Premier ministre et publiée par le journal *Le Monde* daté du 11 avril 2013.
- (9) Notamment les immeubles bâtis et non bâtis, valeurs mobilières, comptes bancaires, assurance-vie, véhicules terrestres, bateaux, avions...; Décret du 23 décembre 2013 relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *JORF* du 27 décembre 2013.
- (10) Art. LO.135-2 III du Code électoral et article 5 III de la loi ordinaire du 11 octobre 2013.
- (11) Projet de loi organique n°1004 *relatif à la transparence de la vie publique* présenté au nom de M. J.M. Ayrault, Premier ministre par M. A. Vidalies, ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé des relations avec le Parlement, Assemblée nationale, 24 avril 2013 et Projet de loi n°1005 *relatif à la transparence de la vie publique* présenté au nom de M. J.M. Ayrault, Premier ministre par M. A. Vidalies, ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé des relations avec le Parlement, Assemblée nationale, 24 avril 2013.
- (12) Décret du 16 janvier 2014 relatif à la prévention des conflits d'intérêts dans l'exercice des fonctions ministérielles, *JORF* du 17 janvier 2014.
- (13) Décisions n°2013-675 DC et n°2013-676 DC du 9 octobre 2013.
- (14) Qui dispose « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression».
- (15) Décisions n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 et n°99-416 DC du 23 juillet 1999.
- (16) Considérant 13 de la décision n° 2013-676 DC
- (17) Considérant 29 de la décision n° 2013-675 DC
- (18) Considérant 16 de la décision n° 2013-676 DC
- (19) Considérant 20 de la décision n° 2013-676 DC
- (20) Considérant 22 de la décision n° 2013-676 DC
- (21) Considérant 39 de la décision n° 2013-675 DC
- (22) Considérant 45 de la décision n° 2013-676 DC
- (23) Art. 3 du règlement général de la Haute Autorité, déclarations adressées au Président de la HATVP.
- (24) Décret n° 2013-1204 du 23 décembre 2013 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *JORF* n°0298 du 24 décembre 2013 page 21094.
- (25) Décret n° 2015-246 du 3 mars 2015 permettant la transmission des déclarations par voie électronique et modifiant le décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *JORF* n°0054 du 5 mars 2015 page 4153.
- (26) Décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *JORF* n°0300 du 27 décembre 2013 page 21445.
- (27) Art. LO 135-1 du Code électoral (parlementaires), Art. 26 I de la loi ordinaire du 11 octobre 2013 (membres du gouvernement et élus locaux).
- (28) Site internet de la HATVP.
- (29) Ainsi Charte de l'élu local édicté par la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, *JORF* n°0077 du 1 avril 2015 page 5921 ; et Charte de déontologie des collaborateurs du Président de la République du 19 décembre 2014.

(30) En ce sens J. L Nadal (Président de la HATVP), *Renouer la confiance publique*, Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, LDF, Paris, janvier 2015, 192

