



Strasbourg, le 8 juin 2010

Avis n° 560/2009

CDL-AD(2010)018
Or. angl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

AVIS

**RELATIF AU PROJET DE LOI
SUR LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS
DANS LES INSTITUTIONS**

DE LA BOSNIE-HERZÉGOVINE

**adopté par la Commission de Venise
lors de sa 83^e session plénière
(Venise, 4 juin 2010)**

sur la base des observations de :

**M. Oliver KASK (membre, Estonie)
M. Kaarlo TUORI (membre, Finlande)**

*

I. Introduction

1. La loi sur les conflits d'intérêts dans les institutions publiques de la Bosnie-Herzégovine a été imposée par le haut représentant en 2002, adoptée par l'Assemblée parlementaire de la Bosnie-Herzégovine la même année, corrigée en 2003 et modifiée en 2004. A la demande du président de la Commission électorale centrale et de la mission de l'OSCE en Bosnie-Herzégovine, la Commission de Venise a adopté un avis à son sujet à sa 75^e session plénière (Venise, 13-14 juin 2008). Dans cet avis (CDL-AD(2008)014), la Commission estime que la loi présente plusieurs insuffisances auxquelles les autorités de la Bosnie-Herzégovine devraient remédier. Elle est aussi d'avis que la réglementation des conflits d'intérêts en Bosnie-Herzégovine pose des problèmes à caractère constitutionnel liés à la compétence de l'Etat pour des questions de conflits d'intérêts au niveau des entités.

2. En 2009, les autorités de la Bosnie-Herzégovine ont élaboré un nouveau projet de loi qui a toutefois été rejeté en première lecture par le parlement au début de 2010. Le 29 janvier 2010, la Chambre des représentants de l'Assemblée parlementaire bosniaque a demandé un avis spécialisé à la Commission de Venise concernant le projet de loi sur la prévention des conflits d'intérêts dans les institutions de la Bosnie-Herzégovine (CDL(2010)015).

3. Le 1^{er} juin 2010, la Commission de Venise a été informée par le président de la Chambre des représentants de l'Assemblée parlementaire de la Bosnie-Herzégovine qu'un groupe de membres de cette chambre avait soumis une demande d'adoption, selon la procédure d'urgence, d'un nouveau projet de loi portant modification de la loi en vigueur sur les conflits d'intérêts dans les institutions publiques de la Bosnie-Herzégovine. Ce projet de loi se compose d'un seul article qui modifie l'article 20 (relatif aux sanctions) de la loi sur les conflits d'intérêts dans les institutions publiques de la Bosnie-Herzégovine actuellement en vigueur. Le 25 mai, la Chambre des représentants de la Bosnie-Herzégovine a décidé d'examiner l'avant-projet de loi portant modification de la loi en vigueur sur les conflits d'intérêts dans les institutions publiques de la Bosnie-Herzégovine dans le cadre d'une procédure, non pas urgente, mais écourtée qui n'écarte pas la possibilité de nouveaux amendements.

4. La Commission prend note du nouveau projet de loi de modification et regrette que les autorités bosniaques n'aient pas attendu de connaître l'avis de la Commission de Venise sur le nouveau projet de loi sur la prévention des conflits d'intérêts dans les institutions publiques de la Bosnie-Herzégovine avant de relancer la procédure de modification et amendements.

5. Le présent avis repose sur les observations de MM. Tuori et Kask et a été adopté par la Commission lors de sa 83^e session plénière (Venise, 4-5 juin 2010).

II. Observations générales sur le projet de loi

6. Le présent avis doit être considéré comme faisant suite au premier avis relatif à la loi sur les conflits d'intérêts dans les institutions publiques de la Bosnie-Herzégovine (CDL-AD(2008)014). Il porte essentiellement sur les points au sujet desquels la Commission s'est montrée critique dans son avis antérieur.

7. D'une manière générale, la Commission se félicite que le nouveau projet de loi sur la prévention des conflits d'intérêts dans les institutions publiques de la Bosnie-Herzégovine tienne compte de bon nombre des suggestions formulées dans son avis précédent. Elle note cependant que plusieurs des problèmes soulevés n'ont pas été réglés.

8. La Commission souhaite par conséquent rappeler que l'amélioration des règles relatives aux conflits d'intérêts entre les titulaires de fonction publique devrait, du moins en théorie, permettre de renforcer la confiance, favoriser la responsabilisation et l'intégrité et limiter les comportements contraires à l'éthique et la corruption. Elle devrait aussi servir à recenser et régler les éventuels conflits d'intérêts et également à :

- renforcer la confiance du public dans l'Etat ;
- donner la preuve de l'intégrité absolue de la grande majorité des agents publics ;
- prévenir les conflits d'intérêts qui pourraient surgir à la suite d'un examen public des activités officielles ;
- dissuader les personnes dont la situation financière personnelle ne résisterait pas à un examen public d'entrer dans la fonction publique ;
- aider le public à juger de la conduite des agents publics au regard de leurs intérêts financiers extérieurs¹.

III. Analyse du projet de loi

A. Définition de l'expression « conflit d'intérêts » et principes de conduite

9. L'article 1.2 du projet de loi définit le conflit d'intérêts en termes relativement vagues. Cette expression recouvre non seulement les conflits d'intérêts *réels*, mais aussi les conflits d'intérêts *possibles*. Une définition aussi large tient compte de celle du Conseil de l'Europe², ce dont il faut se féliciter, car il suffit qu'une situation *ressemble* à un conflit d'intérêts pour que la confiance du public soit entamée.

10. L'article 2 du projet de loi comprend une liste de principes que doivent respecter les agents publics – impartialité, intégrité, transparence – et détermine leur comportement éthique. Quantité d'autres principes font cependant partie des normes européennes dans le but de garantir la prééminence du droit et le droit à une bonne administration. Cela étant, certains principes sont énoncés à plusieurs reprises à l'article 2, par exemple le principe de légalité apparaît aux paragraphes 3 et 5 et celui de responsabilité aux paragraphes 3, 4, 5 et 8.

11. Le principe, conforme à l'Etat de droit, selon lequel les agents publics doivent agir dans l'intérêt des citoyens (article 2, paragraphe 1) pourrait être libellé de manière plus générale, car les intérêts des personnes sans citoyenneté et des personnes morales doivent aussi être protégés.

12. L'article 2, paragraphe 6, comprend une nouvelle disposition selon laquelle dans l'exercice de leur charge publique, les agents publics « *doivent adhérer à la déontologie de la profession et de la fonction qu'ils exercent* ». Cette disposition reviendrait à légaliser les obligations éthiques dont le contenu risque d'être vague. Les conséquences juridiques possibles du non-respect de ces obligations sont aussi floues. Il en est de même de l'article 2, paragraphe 4, selon lequel « *les agents publics sont politiquement responsables devant l'autorité ou devant les citoyens qui les ont nommés ou élus* ».

13. De l'avis de la Commission de Venise, ni les agents publics ni la Commission électorale centrale (CEC) ne peuvent prévoir la manière dont ces dispositions s'appliqueront dans la pratique. D'ordinaire, les principes déontologiques de l'administration ne figurent pas dans une

¹ Cf. Regulating Conflicts of Interest for Holders of Public Office in the European Union, p. 32, (http://ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/publications/docs/hpo_professional_ethics_en.pdf). Cf. CDL-AD(2008)014, paragraphe 18 (en anglais seulement).

² Recommandation n° R (2000) 10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les codes de conduite pour les agents publics, adoptée par le Comité des Ministres à sa 106^e session le 11 mai 2000, article 13.

loi mais dans des recommandations (voir par exemple le Code modèle de conduite pour les agents publics³).

14. Le principe d'indépendance des agents énoncé à l'article 2, paragraphe 7, est aussi défini de manière trop vague et sa signification juridique n'est pas claire. La Commission suggère de préciser le « rapport de dépendance » mentionné.

B. Incompatibilités

15. Dans son avis précédent, la Commission a souligné qu'« *il existe une distinction claire entre les incompatibilités générales d'une part et les cas particuliers de conflits d'intérêts d'autre part. L'incompatibilité générale des membres du gouvernement est liée à des questions comme la confiance générale dans le système politique /.../ tandis que les cas particuliers de conflits d'intérêts relèvent en règle générale de la législation ordinaire, lois organiques ou autres lois sur l'incompatibilité, ou de dispositions de droit administratif sur l'incompétence juridique dans les faits.* »

16. Le projet de loi sur la prévention des conflits d'intérêts dans les institutions publiques de la Bosnie-Herzégovine a conservé les dispositions sur les incompatibilités générales et les cas particuliers de conflits d'intérêts. Par exemple, si l'article 4 est intitulé « incompatibilités », les articles 5 et 6, voire l'article 9, traitent aussi des incompatibilités générales.

17. L'article 4, paragraphe 4, comprend une nouvelle disposition sur l'incompatibilité générale selon laquelle « *intervenir dans une entreprise privée dans des conditions qui créent un conflit d'intérêts est incompatible avec l'exercice d'une charge publique en qualité d'agent public* ». D'une façon générale, il convient de se féliciter de cette disposition. Cela étant, l'article 4, paragraphe 4, n'indique pas clairement les conditions dans lesquelles un agent public doit démissionner conformément à l'article 4, paragraphe 5. Un conflit d'intérêts n'est pas toujours la conséquence d'une incompatibilité générale mais peut être ponctuel, notamment en cas d'incompatibilité entre des activités publiques et des activités privées. Même lorsqu'un conflit d'intérêts ne semble pas découler des fonctions exercées par l'agent public, une situation donnée peut en être à l'origine. En pareil cas, une démission ne s'imposerait pas dans une entreprise privée, mais l'agent pourrait être dessaisi des tâches comme indiqué à l'article 7, paragraphe 2.

18. Le rapport avec l'article 6, paragraphe 2, qui définit de manière beaucoup plus rigoureuse l'incompatibilité en raison de liens avec une entreprise privée n'est pas clair. L'article 4, paragraphe 5, s'appliquerait-il dans ce cas et l'obligation imposée dans le secteur privé de démissionner dans les trente jours serait-elle applicable ? Ou, l'article 4 paragraphe 5 ne concerne-t-il que les cas d'incompatibilités prévus à l'article 4 ? De plus, le délai à respecter avant de pouvoir reprendre des fonctions occupées dans le privé n'est pas clair non plus : un agent public qui n'aurait pas, dans le passé, occupé de poste dans le privé serait autorisé à entrer dans une entreprise privée à l'échéance de son contrat ou de ses activités dans le secteur public. Au cas où l'article 4, paragraphe 5, s'appliquerait, un agent public ayant démissionné d'une entreprise privée ne pourrait retrouver le poste qu'il occupait dans cette dernière une fois son contrat ou ses activités publics terminés.

19. La Commission recommande de préciser et de remanier ces dispositions et de distinguer clairement les incompatibilités générales des cas particuliers de conflit d'intérêts, par exemple en divisant la loi en chapitres. Elle rappelle aussi la Recommandation n° R (2000) 10 qui donne une définition plus étroite des incompatibilités générales :

³ Annexe de la Recommandation n° R (2000) 10, *cit.*

2. *L'intérêt personnel de l'agent public englobe tout avantage pour lui-même ou elle-même ou en faveur de sa famille, de parents, d'amis et de personnes proches, ou de personnes ou organisations avec lesquelles il ou elle a ou a eu des relations d'affaires ou politiques. Il englobe également toute obligation financière ou civile à laquelle l'agent public est assujéti. (...) »*

C. « Pantouflage »

20. La Commission note que l'article 5 du projet de loi ne comprend pas de disposition appropriée sur ce qu'il est convenu d'appeler le pantouflage, c'est-à-dire le fait de quitter le service de l'Etat pour entrer dans une entreprise privée⁴. A cet égard, la Commission rappelle l'importance d'éviter le pantouflage, comme le GRECO l'a souligné :

« Outre l'objectif fondamental visant à renforcer la confiance du public, les objectifs les plus courants d'un système visant à gérer le passage d'agents publics vers le secteur privé sont les suivants ; 1. garantir que des informations spécifiques acquises dans l'exercice d'une fonction publique ne sont pas utilisées abusivement ; 2. s'assurer qu'un agent public n'est pas influencé, dans l'exercice de son autorité, par des considérations de gain personnel, ni par l'espoir ou l'anticipation d'un emploi futur et ; 3. s'assurer que les relations et contacts d'agents publics en place ou d'anciens agents ne sont pas utilisés pour le bénéfice injustifié de ces agents ou d'autres personnes. La quasi-totalité des personnes exerçant une fonction publique, qu'elles aient été élues, nommées ou embauchées dans le cadre d'un contrat, qu'elles travaillent à plein temps ou à temps partiel, et qu'elles soient rémunérées ou non, devraient, dans une certaine mesure, être tenues de respecter des règles définies afin d'atteindre ces objectifs⁵ ».

21. La Commission recommande vivement de préciser les dispositions visées et de limiter expressément les mouvements des élus, des titulaires de charges publiques et des conseillers du public vers le privé.

D. Equilibre entre intérêt public et intérêt privé

22. La Commission de Venise sait qu'il est impossible de supprimer tous les conflits d'intérêts, d'où la nécessité de bien délimiter les intérêts privés des agents publics et de les gérer de manière appropriée pour protéger l'intégrité des décisions publiques.

23. L'article 7 du projet de loi porte sur des cas particuliers de conflits d'intérêts. Il présente toutefois deux aspects délicats : premièrement, les dispositions ne concernent qu'un type de conflit d'intérêts, à savoir les situations dans lesquelles un agent public ou une personne « ayant des liens avec l'agent » a un *intérêt financier* en jeu. Les cas dans lesquels l'agent public n'a pas d'intérêt financier en jeu ne sont pas prévus par l'article 7 du projet de loi. Deuxièmement, l'application de cet article est limitée à la prise de décisions (collectivement et individuellement). De l'avis de la Commission, la disposition relative à la révocation d'un agent public sur la base d'un conflit d'intérêts individuel devrait être rédigée en termes généraux.

24. L'article 7, paragraphe 3, comprend une disposition très générale qui étend l'application de l'article aux « situations impliquant des personnes ayant des liens avec des agents publics, dans lesquelles l'objectivité des agents pourrait être compromise lors du vote ou de la prise de décisions ». La définition d'une « personne ayant des liens avec un agent public » est très vaste. L'article 3, paragraphe i définit cette personne comme suit : « un parent ou une personne qui a des liens personnels, politiques, économiques ou autres avec un agent public, liens qui pourraient compromettre l'objectivité de l'agent public dans ses fonctions ».

⁴ Voir CDL-AD(2008)014, paragraphes 30 à 34.

⁵ Huitième rapport général d'activité du GRECO (2007), incluant un chapitre sur le pantouflage, adopté par le GRECO lors de sa 36^e réunion plénière (Strasbourg, 11-15 février 2008).

25. Si une disposition générale sur la révocation des agents publics est nécessaire, les situations particulières expressément réglementées devraient être beaucoup plus nombreuses. Les lois générales sur l'administration, adoptées dans de nombreux pays européens, peuvent être utiles pour compléter l'article 7.

26. A ce sujet, la Commission renvoie aussi aux « Lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public » élaborées par l'Organisation de coopération et de développement économiques (Lignes directrices de l'OCDE), conformément auxquelles :

« 1.2.2. /.../

c) Récusation et limitation – Lorsqu'un conflit ne risque pas de se produire fréquemment, il peut être opportun que l'agent public concerné conserve son poste actuel, mais ne participe pas aux décisions sur les dossiers visés, par exemple en laissant le soin de décider à une tierce partie indépendante, en ne prenant pas part à un vote, en se retirant lors des débats sur les propositions et les projets en cause ou en ne recevant pas les documents et autres informations se rapportant à son intérêt privé. La solution consistant à modifier les attributions de l'agent public est également envisageable lorsqu'un conflit d'intérêts particulier est jugé durable et rend donc inadéquate la récusation ponctuelle. Il faut veiller tout spécialement à ce que toutes les parties concernées par la décision soient au fait des mesures prises pour préserver l'intégrité du processus décisionnel lorsqu'on retient la solution de la récusation ».

E. Implication de parents proches

27. L'article 9 porte sur l'implication de parents proches. Cela étant, le projet de disposition n'indique pas clairement s'il s'agit d'une incompatibilité générale ou d'une interdiction prononcée au cas par cas. A ce sujet, la Commission de Venise réaffirme qu'« *il serait plus approprié de s'intéresser aux parents proches dans les cas particuliers de conflit d'intérêts, c'est-à-dire au cas par cas et uniquement dans la mesure où il existe un conflit d'intérêts réel ou possible* »⁶.

F. Cadeaux

28. Les diverses définitions du mot « cadeau » ont été harmonisées et fusionnées à l'article 3 « Définitions ». La Commission note que la valeur des cadeaux, qui, d'après le projet de loi, peuvent être conservés par les élus, les titulaires de charges publiques et les conseillers sans que ceux-ci doivent les signaler a doublé (passant de 100 à 200 KM). De l'avis de la Commission, il est sans doute utile d'indiquer également la fréquence à laquelle les cadeaux peuvent être acceptés. Cette précision permettrait d'atténuer les craintes que suscitent la corruption ou d'autres formes d'avantages.

G. Déclaration de patrimoine et de revenus

29. Un nouveau chapitre II sur la « Divulgence » (articles 13 à 15) prévoit l'obligation pour les agents publics de déclarer à la CEC leur patrimoine et leurs revenus ainsi que ceux de leurs parents proches. Ces déclarations devront suivre les règles applicables – au niveau du contenu, de la forme et de la présentation – que la CEC fixera (article 14). Il faut se féliciter de ces dispositions.

30. La Commission note toutefois que les dispositions sur la « divulgation des contrats conclus » la « divulgation d'informations concernant les entreprises » et la « divulgation des investissements de collectivités publiques » ne figurent plus dans le projet de loi.

⁶ Voir CDL-AD(2008)014, paragraphe 27.

31. Le renforcement des institutions et des procédures sera essentiel pour que les normes énoncées dans le projet de loi soient effectivement appliquées. La Commission recommande de nouveau, comme elle l'a fait dans son avis précédent, de prévoir dans la loi des mécanismes permettant d'examiner efficacement les déclarations financières à des fins *répressives* et *préventives*. Ces déclarations pourraient être utilisées par la CEC de manière anticipée, pour donner des conseils individuels sur la prévention des conflits d'intérêts et des incompatibilités (voir CDL-AD(2008)014, paragraphes 40-41).

H. Publication des déclarations et des rapports

32. Le projet de loi ne précise pas la manière dont les données du registre des revenus et du patrimoine sont accessibles au public : par la publication du registre (par exemple sur internet), ou dans des cas individuels seulement, sur demande. L'efficacité de l'objectif de la loi ou la limitation du droit au respect de la vie privée de l'agent public et des membres de sa famille ne sont pas claires (article 15, paragraphe 2). Le projet de loi gagnerait à être précisé.

33. On pourrait aussi avancer que la divulgation des revenus des parents proches qui habitent avec l'agent public risquerait de limiter de façon excessive le droit au respect de la vie privée de ceux-ci. Même si la publication de données concernant le patrimoine et les revenus des agents publics et de leurs parents proches contribuerait à mettre en évidence les cas éventuels de corruption, elle aurait des conséquences négatives pour ces personnes. Il est suggéré de divulguer le salaire des agents publics et non celui de leurs parents proches.

I. Sanctions

34. La suppression de la sanction d'inéligibilité dans le projet de loi est saluée. Elle correspond au point de vue exprimé par la Commission dans son avis précédent.

J. Application de la loi au niveau des entités

35. Dans son avis précédent, la Commission a fait observer que le conflit d'intérêts ne relève pas de la compétence de l'Etat mais elle a souligné l'importance d'une réglementation uniforme dans tout le pays. Elle a aussi renvoyé aux arguments selon lesquels la mise en œuvre des lois des entités sur les conflits d'intérêts devrait relever de la Commission électorale centrale (voir CDL-AD(2008)014, paragraphes 60 à 70).

36. L'article 22, paragraphe 1, du projet de loi actuel permet aux entités d'autoriser la CEC à appliquer leurs lois. Le paragraphe 2 du même article dispose qu'au cas où les entités le feraient, elles « *devront harmoniser leurs lois avec les dispositions de cette loi* ». Faute de compétence législative de la Bosnie-Herzégovine, une telle obligation semble poser problème, indépendamment de l'opportunité d'une harmonisation substantielle.

K. Conclusion

37. Le nouveau projet de loi porte sur plusieurs des principales préoccupations exprimées par la Commission de Venise dans son avis précédent relatif à la loi sur les conflits d'intérêts dans les institutions publiques de la Bosnie-Herzégovine ; il convient de s'en féliciter.

38. Un certain nombre de points demeurent problématiques, car toutes les recommandations précédentes n'ont pas été prises en considération dans le nouveau projet de loi. Les recommandations ci-après demeurent valables :

- Les incompatibilités générales et les cas particuliers de conflits d'intérêts devraient être clairement distingués et les dispositions actuelles relatives à l'incompatibilité générale devraient être précisées comme indiqué.

- L'incompatibilité générale actuelle liée à la participation de parents proches d'élus, de titulaires de charges publiques et de conseillers à certaines fonctions publiques devrait plutôt être considérée comme une incompatibilité au cas par cas.
- Les dispositions sur les principes généraux de conduite des agents publics devraient être précisées et modifiées comme indiqué.
- Des dispositions visant à interdire aux agents publics, aux titulaires de fonctions exécutives et aux conseillers de quitter le service de l'État pour entrer dans une entreprise privée (pantouflage) devraient être ajoutées.
- La loi devrait prévoir des mécanismes appropriés pour pouvoir passer effectivement en revue les déclarations financières, à des fins répressives et préventives.

39. La Commission a été informée que le Groupe de travail interinstitutions entend reprendre ses travaux sur le projet de loi. Elle se félicite de cette initiative et est prête à apporter une assistance à cette fin.