

Pour une refonte du régime d'agrément des associations anti- corruption

Note #19

13 Mars 2021



Raphaël MAUREL

Secrétaire Général de
l'OEP

EN BREF

Début 2021, le gouvernement a décidé de proroger jusqu'au 2 avril 2021 l'agrément de l'association Anticor en vue de l'exercice des droits de la partie civile. Créé par la loi du 6 décembre 2013 *relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, ce dispositif institue des « procureurs privés » associatifs pouvant faciliter l'ouverture d'une instruction malgré l'avis défavorable du Parquet, ce qui limite le risque d'enterrement politique d'une affaire de corruption. La loi renvoie à un décret le soin de préciser les modalités de cet agrément, mais celles-ci s'avèrent insuffisamment précises et confient l'intégralité de la procédure au Gouvernement, ce qui peut alimenter d'éventuels conflits d'intérêt. Une réforme de ce processus d'agrément, qu'il serait possible de confier à une autorité indépendante telle que la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, serait la bienvenue.

La loi du 6 décembre 2013 *relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière* a créé une nouvelle possibilité au profit des

associations dont le but statutaire est la lutte désintéressée contre la corruption : la capacité de se constituer partie civile, sous réserve d'un agrément préalable valable trois ans. Cette nouvelle procédure permet ainsi aux associations agréées de déclencher l'instruction par un juge indépendant même si le Procureur de la République a renoncé à exercer une action publique, à condition que l'infraction dénoncée entre dans le champ de l'article 2-23 du Code de procédure pénale. Une telle constitution de partie civile est possible pour les infractions traduisant un manquement au devoir de probité, les infractions de corruption et trafic d'influence, de recel ou de blanchiment, ou encore certaines infractions électorales. Trois associations sont à ce jour agréées : Anticor, Sherpa et Transparency International, qui ont pu être à l'origine d'affaires telles que les biens mal acquis en Syrie, les marchés publics de l'INA, les élections à Corbeil-Essonnes, ou encore les marchés relatifs aux radars automatiques mobiles. Le refus du gouvernement de procéder au renouvellement immédiat de l'agrément de l'une d'entre elles, par un arrêté du 13 février 2021 *portant prorogation jusqu'au 2 avril 2021 de l'agrément de l'association ANTICOR en vue de l'exercice des droits de la partie civile*, met en lumière les failles éthiques de la procédure actuelle d'agrément.

Pour une refonte du régime d'agrément des associations anti-corruption

La réforme de 2013 est une incontestable avancée dans la lutte contre la corruption pour l'efficacité des lanceurs d'alerte que constituent les associations agréées. Elle a par exemple permis de mettre au jour les affaires Richard Ferrand ou Alexis Kohler, facilitant l'ouverture des instructions alors même que le Procureur, dans ces deux affaires, y était défavorable. Le processus menant à cet agrément reste néanmoins imprécis, et aux seules mains du Gouvernement. Or, du seul fait de l'exercice du pouvoir, l'exécutif est particulièrement exposé aux actions de ces associations. Pour limiter les conflits d'intérêts potentiels, il conviendrait donc que le Gouvernement soit étranger à la procédure d'agrément.

L'imprécision du processus d'agrément

La procédure est en apparence simple, aux termes du décret du 12 mars 2014 *relatif aux conditions d'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile* qui la crée. Un dossier de demande d'agrément, dont la composition est fixée par un arrêté du ministre de la justice, doit être adressé au garde des sceaux qui statue sous quatre mois, le silence valant refus. Les critères selon lesquels le ministre statue demeurent néanmoins sujets à interprétations, suscitant des interrogations renforcées par l'absence générale de transparence de l'instruction.

Des critères insuffisamment définis

Le dossier de candidature en vue de l'agrément comporte sept éléments. L'arrêté du 27 mars 2014 relatif à l'agrément des associations de lutte contre la corruption en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile en dresse la liste exhaustive. L'association demandeuse doit produire une note de présentation de l'association, de son activité et de son fonctionnement, l'attestation du dépôt d'inscription de l'association en préfecture, un exemplaire des statuts de l'association, le nombre de cotisants, la liste des membres de ses organes dirigeants, les comptes du dernier exercice, ainsi que le dernier rapport moral et financier, comprenant un tableau retraçant les ressources et les charges financières de l'association, et précisant la provenance des ressources. Ces éléments, clairs et objectifs, permettent au ministre de la justice de procéder à l'instruction du dossier et de vérifier qu'il répond aux conditions posées, de manière moins précise, par le décret de la même année.

Ces conditions sont au nombre de cinq. Premièrement, l'association demandeuse doit se prévaloir de cinq années d'existence au moment de la déclaration en préfecture, ce qui ne soulève pas de difficulté. Deuxièmement, elle doit pouvoir se prévaloir d'une « activité effective et publique en vue de lutter contre la corruption et les atteintes à la probité publique, appréciée notamment en fonction de l'utilisation majoritaire de ses ressources pour l'exercice de cette activité, de la réalisation et de la diffusion de publications, de l'organisation de manifestations et la tenue de réunions d'information dans ces domaines ». Troisièmement, elle doit comporter un nombre « suffisant » de membres,

aucun seuil n'étant fixé. Quatrièmement, ses activités doivent présenter un caractère désintéressé, « apprécié notamment eu égard à la provenance de ses ressources » ; le terme « notamment » induisant que d'autres critères d'appréciation supplémentaires sont possibles. Enfin, cinquièmement, l'association doit faire montre d'un « fonctionnement régulier et conforme à ses statuts, présentant des garanties permettant l'information de ses membres et leur participation effective à sa gestion », ce qui implique un fonctionnement globalement démocratique.

Les trois derniers critères posent problème par leur manque de précision, dans la mesure où ils impliquent une interprétation subjective du ministre de la justice. Ils peuvent, dans l'absolu, lui permettre de refuser l'agrément ou le renouvellement de l'agrément à toute association. L'établissement de critères plus objectifs permettrait dès lors de réduire les risques d'apparence d'arbitraire dans les éventuels refus d'agrément.

La tentation d'imposer des critères supplémentaires

Le cas du renouvellement de l'agrément d'Anticor met particulièrement en lumière la multitude d'interprétations possibles des critères du décret de 2014, et notamment du quatrième critère relatif à la provenance des ressources. D'après l'association Anticor, créée en 2002 et agréée depuis 2015, le ministère aurait demandé à connaître l'identité des donateurs lui ayant versé plus de 10000€. D'un point de vue juridique, cette demande peut difficilement être rattachée à la recherche de la « provenance » des ressources, ce critère étant généralement apprécié de manière plus large. Les « dons de personnes physiques » constituent, à cet égard, une catégorie comptable suffisante pour établir cette provenance.

Face au refus des donateurs en question de voir leur identité transmise au Gouvernement d'un côté, et de l'insistance du ministère de l'autre, l'association Anticor a saisi la CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés) d'une demande de conseil quant à la marche à suivre. Assez logiquement, la CNIL a répondu, par un courrier publié en ligne par l'association, que la demande du Gouvernement manquait de base légale. Surtout, elle précise que l'identité des donateurs constitue une donnée personnelle susceptible d'être

considérée comme « sensible », car révélatrice de leurs opinions politiques. Or, ce type de données permettant potentiellement un fichage politique généralisé est protégé par le droit de l'Union européenne, par l'intermédiaire du RGPD (Règlement général sur la protection des données) de 2018. Ce texte interdit aux responsables du traitement de telles données – ici l'association demandant l'agrément – de les transmettre sans des garanties renforcées en vue de leur protection. Dès lors, la CNIL suggère que ces données ne peuvent pas être transmises sans un texte le prévoyant expressément, à l'instar de la loi prévoyant le transfert de la liste des donateurs des partis politiques à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques.

Si le Gouvernement semble avoir renoncé à cette demande soulevant des problèmes juridiques comme éthiques, le processus d'instruction reste peu limpide.

Un processus peu transparent

La demande d'agrément doit trouver réponse sous quatre mois, après instruction par le ministre de la justice à partir du dossier transmis par l'association. Cependant, selon le décret de 2014, le délai de quatre mois peut être prorogé de deux mois « si l'instruction du dossier le justifie ». Or, dans cette hypothèse, aucune communication n'est publiquement réalisée quant aux éventuelles difficultés rencontrées à l'occasion de l'instruction, de sorte qu'une apparence d'arbitraire prévaut. Ainsi, l'arrêté du 13 février 2021 prorogeant l'agrément de l'association Anticor jusqu'au 2 avril 2021 se limite à préciser que l'instruction relative « à la conformité du fonctionnement de l'association et à ses statuts ; aux garanties de régularité en matière financière et comptable ; au caractère désintéressé et indépendant de ses activités, apprécié notamment eu égard à la provenance de ses ressources justifie » que le délai soit prorogé, sans aucune autre information.

Une motivation plus précise serait ici la bienvenue, notamment pour orienter les futures demandes des associations susceptibles de candidater à l'agrément. Par analogie, les décisions d'octroi d'agrément de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) sont beaucoup plus transparentes. Aux termes de l'article 20 de la loi du 11

octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, la HATVP peut en effet agréer des associations anti-corruption pour leur permettre de la saisir du non-respect, par un certain nombre d'élus et de membres de l'exécutif, d'obligations de transparence publique ; par exemple, de fraude à la déclaration d'intérêts. Les décisions d'agrément de la HADTV, fondées sur son règlement intérieur au contenu proche des conditions exigées par le décret de 2014, sont particulièrement claires et motivées, examinant chaque condition séparément. Il est possible de le constater en consultant la décision de renouvellement de l'agrément d'Anticor du 10 juillet 2019, rendue moins de trois mois avant le dépôt de la demande de renouvellement de l'agrément auprès du ministre de la justice. Il n'est d'ailleurs pas anodin de relever que seules quatre associations sont agréées par la HATVP : Anticor, l'Association pour une démocratie directe, Sherpa et Transparency International. Seule la seconde n'est pas également agréée, à l'heure actuelle, par le Gouvernement, dont il serait souhaitable qu'il s'inspire *a minima* de la motivation de la HATVP, voire lui transfère totalement la gestion des agréments en question.

La mainmise gouvernementale sur le processus d'agrément

L'affaire Anticor fait directement suite à une « Affaire Sherpa » aux contours similaires. Depuis le renouvellement de l'agrément de l'association Sherpa, cependant, une nouvelle donnée doit être rappelée : le nouveau ministre de la justice fait l'objet d'une plainte pour prise illégale d'intérêts de la part d'Anticor. Il a donc dû se déporter en faveur du Premier ministre, ce qui est juridiquement satisfaisant mais demeure éthiquement critiquable.

Une problématique déjà rencontrée en 2018-2019

L'affaire de l'agrément de l'association Sherpa montrait déjà, récemment, les limites du système d'agrément tel qu'il est actuellement conçu. L'association, qui avait obtenu son agrément en 2015 comme Anticor, a réclamé en juin 2018 son renouvellement au ministère de la justice. À l'expiration du délai de quatre mois prévu par le décret de 2014, l'absence de réponse du ministre s'est muée en décision implicite de refus du renouvellement. En mars 2019, l'association a alors saisi le ministère d'un recours administratif, puis a contesté la décision de rejet devant le tribunal administratif. En

parallèle, Sherpa a déposé le 15 octobre 2019 une nouvelle demande d'agrément. La demande, manifestement instruite en urgence pour faire face à la pression médiatique, a abouti en à peine plus d'un mois à un nouvel agrément, par arrêté du 20 novembre 2019.

Ce précédent a privé l'association Sherpa de l'usage de son agrément durant plus d'un an, sans qu'aucun motif ne soit véritablement avancé. La décision de faire « traîner » le dossier sans motif apparent n'est pas illégale, sauf décision contraire du tribunal administratif le cas échéant. Elle soulève toutefois la problématique, éminemment éthique, du rôle exclusif du ministre de la justice dans la procédure d'agrément. Ce rôle est très contestable, alors même que les associations agréées ont pour fonction première de pallier les éventuelles carences d'un Parquet soumis à l'influence du ministère, et d'éviter que ce dernier fasse pression pour « enterrer » certains scandales politiques. Le déport du ministre actuel ne modifie pas profondément la donne.

Les limites du déport en faveur du Premier ministre

Dans l'affaire Anticor, le ministre de la justice a dû se déporter. Conformément à un décret de 1959, les ministres estimant se trouver en situation de conflit d'intérêt en réfèrent au Premier ministre, un décret venant par la suite préciser les attributions que Matignon exercera à la place du ministre concerné pendant la durée de ses fonctions. Dans le cas de l'actuel ministre de la justice, ancien avocat de renom, le décret du 23 octobre 2020 a bien prévu qu'il ne pourrait connaître d'aucun acte relevant normalement de ses attributions s'il est relatif à des personnes qui ont engagé des actions notamment judiciaires contre lui, en sa qualité de ministre ou d'avocat. Or, l'association Anticor a saisi, le 9 octobre 2020, la Cour de justice de la République d'une plainte contre le nouveau ministre de la justice pour prise illégale d'intérêts. Le 8 janvier 2021, le Procureur général près la Cour de cassation a d'ailleurs fait suite et indiqué qu'une information judiciaire allait être ouverte sur ce fondement, les plaintes de l'association et de plusieurs syndicats de magistrats étant jugées recevables. Dans ces circonstances, il existe donc une obligation de déport au profit du Premier ministre.

Le transfert du dossier à Matignon ne constitue cependant pas une garantie efficace de traitement indépendant de la demande. Rappelons que le ministre de la justice est nommé sur proposition du Premier ministre, et collabore directement avec lui au sein du Gouvernement. Cette situation rend délicate la prise de position du Premier ministre, qui peut être tenté de favoriser ses éventuels ministres dans la tourmente. Les apparences de conflits d'intérêt, si l'agrément tardait à être renouvelé voire était refusé sans motivation spécifique, seraient de nature à discréditer sérieusement la décision, dont le caractère impartial est dans tous les cas douteux. Afin d'éviter tout conflit d'intérêt potentiel, il apparaît dès lors nécessaire de confier la procédure d'agrément à un tiers indépendant.

La possibilité de confier la procédure à une autorité indépendante

Une solution au problème éthique identifié consiste à dessaisir le Gouvernement de la procédure d'agrément. Le processus pourrait en ce sens faire l'objet d'une refonte pour être confié non au garde des sceaux, mais à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. Cette autorité administrative indépendante créée en 2013, et dont la compétence s'étend déjà à certaines questions en lien avec les conflits d'intérêts, présente toutes les qualités requises pour attribuer cet agrément. L'adjonction de cette mission est d'autant plus logique que la HATVP peut déjà être saisie par les « associations se proposant, par leurs statuts, de lutter contre la corruption, qu'elle a préalablement agréées en application de critères objectifs définis par son règlement général » (article 20 de la loi du 11 octobre 2013). La procédure instituée en vue de l'agrément s'avère proche de celle prévue par le décret de 2014 ; elle est en outre plus transparente.

En pratique, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique pourrait faire l'objet d'une modification pour permettre à la HATVP d'examiner les demandes d'agrément et de renouvellements. L'article 20 I. de la loi, qui énumère les missions exercées par la Haute autorité, pourrait être complété par un 8° relatif à la procédure d'agrément des associations anti-corruption sur le fondement de l'article 2-23 du Code de procédure pénale. Un nouveau décret pris pour l'application de ce dernier article, remplaçant celui de 2014, pourrait ensuite être adopté en vue de confier cette mission à la HATVP.

Les déports et suspensions de conflits d'intérêts seraient alors évités.

4 PROPOSITIONS DE REFORMES

Nous proposons à titre principal de dessaisir le Gouvernement de la procédure d'agrément. Subsidiairement, au moins trois améliorations du dispositif existant sont possibles.

1

Prioritairement, confier la procédure d'agrément à une autorité indépendante

Pour éviter tout conflit d'intérêt et toute apparence de conflit d'intérêt, la procédure pourrait être confiée, par une modification de la loi du 11 octobre 2013, à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique.

2

À défaut, rendre l'instruction plus transparente

Sans procéder dans un premier temps au transfert de la procédure à un tiers indépendant, qui demeure l'exigence principale, la publication des éléments constitutifs de l'instruction de la demande d'agrément pourraient être assurée par le Gouvernement. Elle permettrait de rendre publics les motifs précis de refus d'agrément ou de prolongation de l'instruction.

3

Clarifier les critères d'agrément

En particulier, les critères du « nombre *suffisant* de membres », de l'appréciation du « caractère désintéressé et indépendant » des activités au-delà de la provenance des ressources et des « garanties permettant l'information [des] membres et leur participation effective » à la gestion de l'association demandeuse, énoncés par le décret de 2014, devraient faire l'objet de précisions.

4

Allonger la durée de l'agrément à cinq ans

Placé à la discrétion du Gouvernement, un renouvellement tous les trois ans de l'agrément constitue une limite importante au fonctionnement des associations. Non seulement ce délai soumet trop régulièrement l'association à l'appréciation du pouvoir en place (notamment s'il est réélu), mais en outre il pose problème au regard de la durée des procès pour lesquels ils se constituent parties civiles. Ce délai court ne se justifie par ailleurs pas, dans la mesure où les associations agréées doivent adresser chaque année au garde des sceaux leur rapport moral et leur rapport financier (article 6 du décret de 2014) et que ce dernier dispose d'un droit de suspension voire de retrait de l'agrément s'il constate que « l'association ne remplit plus l'une des conditions ayant justifié l'agrément » (article 5). Si le Gouvernement conservait la mainmise sur la procédure, prévoir une durée d'agrément correspondant à un mandat présidentiel, tout en conservant la possibilité de suspension et de retrait, permettrait de limiter les conflits d'intérêts potentiels.