

CONFLITS D'INTERETS ET DELIT DE PRISE ILLEGALE D'INTERETS

PROBLEME

Le législateur a entendu assurer une séparation nette entre la fonction de l'élu et ses intérêts privés. Il s'agit là d'un élément essentiel du statut des élus qui est parfois méconnu de la part des intéressés, ce qui peut les conduire à se trouver, en toute bonne foi, en situation délictuelle.

Au-delà du volet pénal, un ensemble de dispositions encadre plus généralement les différentes situations de conflits d'intérêts auxquelles peuvent faire face les élus locaux, notamment depuis la publication des lois relatives à la transparence de la vie publique ainsi qu'aux élus locaux dans l'exercice de leur mandat.

TEXTES

- Loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat
- Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique
- Décret n°2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique
- Article 432-12 du code pénal.
- Article 1596 du code civil.

▣ LE CONFLIT D'INTERETS

La loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique est venue apporter une définition du conflit d'intérêt qui peut s'attacher aux élus locaux.

Dès lors, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public doivent exercer leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veiller à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts.

Au sens de la loi, 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 (art. 2).

Comment prévenir le conflit d'intérêt ?

Selon le décret du 31 janvier 2014, lorsque les autorités locales estiment se trouver en situation de conflit d'intérêts, elles sont soumises à une obligation d'abstention, qui diverge selon les personnes concernées.

<p>Pour les personnes titulaires de fonctions exécutives locales (art. 5 et 6 du décret).</p>	<p>Sous réserve des exceptions prévues au deuxième alinéa de l'article 432-12 du code pénal, elles sont suppléées par leur délégataire, auquel elles s'abstiennent d'adresser des instructions, et ce par dérogation aux règles de délégation prévues aux articles L. 2122-18, L. 3221-3, L. 4231-3, L. 4422-25 et L. 5211-9 du CGCT.</p> <p>Ainsi, les titulaires d'une fonction de maire ou de président d'un EPCI à fiscalité propre, qu'ils agissent en vertu de leurs pouvoirs propres ou par délégation de l'organe délibérant, doivent prendre un arrêté mentionnant la teneur des questions pour lesquelles ils estiment ne pas devoir exercer leurs compétences et désignent, dans les conditions prévues par la loi, la personne chargée de les suppléer.</p> <p>Par ailleurs, lorsque les conseillers municipaux, les vice-présidents et membres du bureau d'un EPCI à fiscalité propre sont titulaires d'une délégation de signature du maire ou du président d'un EPCI à fiscalité propre, et qu'ils estiment se trouver en situation de conflit d'intérêts, ils doivent en informer le délégant par écrit, précisant la teneur des questions pour lesquelles ils estiment ne pas devoir exercer leurs compétences.</p> <p>Un arrêté du délégant déterminera en conséquence les questions pour lesquelles la personne intéressée doit s'abstenir d'exercer ses compétences.</p>
---	---

L'adoption de la Charte de l' élu local

Outre les dispositions relatives au conflit d'intérêts, la loi du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, a édicté une Charte de l' élu local consacrant les principes déontologiques inhérents à l'exercice des mandats locaux (art. L. 1111-1-1 du CGCT).

La Charte prévoit 7 articles auxquels l' élu local est tenu :

- L' élu local exerce ses fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité.
- Dans l'exercice de son mandat, il poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier.
- Il veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Lorsque ses intérêts personnels sont en cause dans les affaires soumises à l'organe délibérant dont il est membre, l' élu local s'engage à les faire connaître avant le débat et le vote.
- Il s'engage à ne pas utiliser les ressources et les moyens mis à sa disposition pour l'exercice de son mandat ou de ses fonctions à d'autres fins.
- Dans l'exercice de ses fonctions, il s'abstient de prendre des mesures lui accordant un avantage personnel ou professionnel futur après la cessation de son mandat et de ses fonctions.
- Il participe avec assiduité aux réunions de l'organe délibérant et des instances au sein desquelles il a été désigné.
- Issu du suffrage universel, il est et reste responsable de ses actes pour la durée de son mandat devant l'ensemble des citoyens de la collectivité territoriale, à qui il rend compte des actes et décisions pris dans le cadre de ses fonctions.

Cette charte insiste notamment sur la prévention des conflits d'intérêts, et établit un cadre déontologique destiné à préciser les normes de comportement que les élus locaux doivent adopter dans l'exercice de leurs fonctions et que les citoyens sont en droit d'attendre de la part de leurs représentants.

La loi prévoit que lors de la première réunion du conseil municipal, immédiatement après l'élection du maire et des adjoints, le maire donne lecture de la charte de l' élu local et en remet une copie aux conseillers municipaux (art. L.2121-7 du CGCT). Ces dispositions sont aussi applicables aux EPCI à fiscalité propres que sont les métropoles, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération et les communautés de communes (art. L.5211-6 du CGCT).

Ce cadre déontologique concerne également la déclaration de situation patrimoniale.

Les mesures relatives à la transparence de la vie publique : la déclaration de situation patrimoniale

Conformément à l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013, les maires des communes de plus de 20 000 habitants ainsi que les présidents élus d'un EPCI à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants ou dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros doivent adresser à

la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) une déclaration de situation patrimoniale et une déclaration d'intérêts.

Cette déclaration doit être faite dans les 2 mois qui suivent leur entrée en fonctions (nomination ou élection) et dans les conditions prévues par l'article 4 de la loi.

Cette déclaration doit être exhaustive, exacte, sincère et leur auteur doit certifier sur l'honneur de sa situation patrimoniale concernant la totalité de ses biens propres, ainsi que, le cas échéant, des biens de la communauté ou les biens indivis.

La déclaration de situation patrimoniale porte sur :

- les immeubles bâtis et non bâtis
- les valeurs mobilières
- les assurances-vie
- les comptes bancaires courants ou d'épargne, les livrets et les autres produits d'épargne
- les biens mobiliers divers d'une valeur supérieure à un montant fixé par voie réglementaire
- les véhicules terrestres à moteur, bateaux et avions
- les fonds de commerce ou clientèles et les charges et offices
- les biens mobiliers, immobiliers et les comptes détenus à l'étranger
- les autres biens
- le passif.

Une déclaration doit également être effectuée à la HATVP, 2 mois au plus tôt et 1 mois au plus tard, avant l'expiration du mandat ou des fonctions de l'élu local.

□ DELIT DE PRISE ILLEGALE D'INTERETS

Depuis le 1er mars 1994, le délit d'ingérence est fondé sur les dispositions de l'article 432-12 du code pénal qui s'est substitué à l'ancien article 175 dont il a assoupli les principes mais aggravé les peines applicables.

L'article 432-12 du code pénal prévoit que le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. L'article 432-17 du code pénal prévoit également la possibilité pour le juge de prononcer, à titre complémentaire, une peine d'interdiction des droits civiques (droit de vote, éligibilité) d'une durée maximum de cinq ans, qui emporte l'interdiction ou l'incapacité d'exercer une fonction publique (article 131-26 du code pénal).

Les peines prévues par l'article 432-12 du code pénal sont ainsi considérablement aggravées par rapport à celles prévues par l'article 175 ancien du code pénal, dont la jurisprudence peut toutefois, mutatis mutandis, encore illustrer l'analyse des dispositions nouvelles qui

maintiennent les principaux éléments d'appréciation constitués par la prise d'intérêt et la surveillance de l'affaire.

Le délit de prise illégale d'intérêt constitue un délit obstacle destiné à garantir l'impartialité de la personne investie d'un mandat électif public ; s'il fait peser un risque pénal sur les élus locaux, il a été relevé par la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique que le nombre de condamnations reste limité : 26 en 2006, 9 en 2007, 25 en 2008.

▣ LA PRISE D'INTERETS

La prise illégale d'intérêts est établie lorsque l'agent public a pris ou trouvé dans ses rapports avec l'administration un quelconque intérêt personnel. Celui-ci peut être pécuniaire, moral, politique, important, minime ou insignifiant, ou bien plus simplement la "satisfaction d'une vanité" ou un "intérêt d'affection". Selon la Cour de cassation, l'intérêt susceptible d'être pris en compte pour la caractérisation du délit peut être "matériel ou moral, direct ou indirect" (Cass. crim., 5 novembre 1998, Czmal). Le juge judiciaire a ainsi condamné quatre élus municipaux pour prise illégale d'intérêts parce qu'ils avaient participé aux délibérations et pris part aux votes attribuant des subventions aux associations municipales ou intercommunales qu'ils présidaient en leur qualité de maire, d'adjoint ou de conseiller, alors même qu'ils ne percevaient aucune rémunération pour leur activité au sein de ces associations et que l'association présidée par le maire servait un intérêt public, en l'occurrence, l'insertion des jeunes de deux communes (Cass, 22 octobre 2008, n° 08-82068).

Il peut être inexistant : ainsi un maire qui, à la faveur d'une opération de remembrement, s'est livré à un échange de terrain entre lui-même, un tiers et la commune, afin de procurer à celle-ci les terrains qui lui manquaient pour la réalisation d'une opération d'intérêt municipal a commis un délit d'ingérence (Trib. Correctionnel Poitiers, 19 mars 1980).

L'intérêt peut être purement moral pour un élu ; a ainsi été condamné pour prise illégale d'intérêts (ainsi que pour délit de favoritisme) un Maire qui avait sciemment favorisé le frère d'un conseiller municipal en lui confiant des travaux qui n'étaient pas prévus au marché de dragage dont l'entreprise de ce dernier était titulaire (Crim, 29 juin 2011, n°10-87.498).

Le juge judiciaire a considéré que le délit de prise illégale d'intérêts « se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel » s'agissant d'un Maire qui avait attribué des terrains en location gérance à une société dont sa fille et son beau-fils étaient titulaires (Crim, 21 juin 2000, n°99-86.871, Bull. crim n°239). La jurisprudence considère également « qu'il n'est pas nécessaire que l'intérêt pris par le prévenu soit en contradiction avec l'intérêt communal », s'agissant d'une cession à titre onéreux d'une parcelle communale non utilisée dans le cadre d'une opération d'aménagement au Maire, propriétaire voisin, qui avait participé à ladite délibération (Crim, 19 mars 2008, n°07-84.288).

Elle peut également être constituée quand bien même l'élu ne donnerait qu'un avis sur l'attribution de subventions sans participer à la décision finale (Cass. crim. , 9 mars 2005, n° 04-83615 ; Cass. crim. , 9 février 2011, n° 10-82988).

L'élément matériel de la prise d'intérêt, donc du délit, est constitué par le seul fait d'exposer une fonction publique au soupçon, de faire courir ce risque anormal à la fonction, bref de commettre une "imprudence de fonction".

Ainsi, sont concernés tous les actes, contrats, opérations matérielles, négociations, études, services, institutions et autres activités publiques. Il en découle par exemple l'interdiction pour un maire d'acheter un lot dans un lotissement communal. L'exécution matérielle des opérations n'est pas davantage nécessaire. L'élément matériel du délit est constitué par le fait même de la prise d'intérêt, et non par la réalisation de ses conséquences pratiques.

Les modalités importent peu, l'interposition de personnes par exemple (prête-nom, frère, épouse,...) est sans effet : les complices de l'ingérence par interposition de personnes sont punissables au même titre que l'agent coupable (Cass. Crim. 1er juillet 1953, Le Dinh Chan), et cela même si n'a été pris dans une opération qu'un intérêt moral et si c'est un des proches du maire qui est concerné (Cass. crim., 3 mai 2001, Ponzio Lucienne).

Pour une application récente : le fait pour un élu, maire et président d'un syndicat mixte d'avoir « bénéficié d'avantages dans le cadre de la rénovation et d'entretien de biens lui appartenant, en utilisant à son profit exclusif trois salariés de la commune de Marville ou du syndicat mixte de l'Othain » (Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-81.918). Les travaux avaient été réalisés tant sur la maison d'habitation de l'intéressé que sur un appartement que le Maire faisait aménager dans un bâtiment attenant.

Si largement conçue soit-elle, la notion de "prise d'intérêts" n'en a pas moins des limites. Il doit en effet s'agir d'un intérêt personnel distinct de celui de la généralité des habitants de la collectivité. Ainsi par exemple, le fait pour un Maire d'envoyer son fils à la cantine scolaire subventionnée par la commune n'est pas constitutif d'un délit de prise illégale d'intérêt (RM n°12686, 2 novembre 1995, JO Sénat, 13 juin 1996).

Par ailleurs, l'appréciation souveraine qu'exerce le juge sur les faits et les circonstances de chaque affaire ne permet pas de tirer des conclusions générales sur l'issue d'une instance dans laquelle un élu municipal, président d'honneur d'une association, serait mis en cause pour prise illégale d'intérêts après avoir participé au vote de subventions en faveur de cette association.

En effet, la qualité de président d'honneur d'une association est une distinction honorifique et symbolique et n'implique pas, habituellement, une participation active dans l'organisation, le fonctionnement et l'activité de l'association, contrairement à la fonction de président dirigeant l'association. Cependant, cette circonstance, si elle peut être de nature à atténuer l'existence d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect, ne suffit pas, à elle seule, à écarter la possibilité d'une condamnation pour prise illégale d'intérêts, au vu de la jurisprudence actuelle (RM JOAN, 19 novembre 2013, n° 22605).

□ LA SURVEILLANCE DE L'AFFAIRE

La "surveillance de l'affaire" est caractérisée par le fait que le "fonctionnaire" (ou le dépositaire de l'autorité publique ou le titulaire du mandat) était, au moment des faits délictueux, chargé, totalement ou partiellement, soit d'administrer ou de surveiller, soit d'ordonner ou de liquider l'affaire dans laquelle il s'est immiscé. C'est donc le cas du maire, en toutes circonstances : "le maire est seul chargé de l'administration" (art. L.2122-18 du code général des collectivités territoriales); et c'est le cas des adjoints et des conseillers municipaux au gré de leurs responsabilités respectives.

La Cour de cassation a, dans une décision du 27 juin 2012, précisé que la « *surveillance, au sens des articles 432-12 et 432-13 du code pénal, peut s'entendre de simples pouvoirs de préparation ou de proposition de décisions prises par d'autres ou même d'avis en vue de décisions prises par d'autres ; que de tels actes peuvent résulter de l'exercice d'un pouvoir de fait, y compris d'origine politique, sur les organes décisionnaires* » (Cass, Crim, 27 juin 2012, n°11-86920).

▣ LES DEROGATIONS

L'article 432-12 prévoit toutefois des assouplissements au principe énoncé au profit des communes de moins de 3 500 habitants. Dans ces communes, les maires, adjoints, conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent :

- traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel de 16 000 euros.

(Selon une réponse ministérielle du 10 mai 1999, la notion de fournitures de services doit être comprise comme incluant l'exécution de menus travaux (R.M. n°29841, J.O.A.N, 28 juin 1999, page 4024). D'après une autre réponse ministérielle du 30 novembre 2004, la fourniture de travaux entrerait dans la dérogation prévue à l'article 432-12, dans cette même limite d'un montant de 16000 euros. Ainsi, un entrepreneur local pourra se voir confier l'exécution de travaux au profit de la commune dont il est l'élu. Il est important de souligner que cette possibilité n'est apportée que par réponse ministérielle, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux (R.M. n°39669, J.O.A.N, 30 novembre 2004, page 9488).

- acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement. Ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal.

- acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Le prix ne peut être inférieur à l'évaluation du service des domaines, et l'acte doit être autorisé, quelle que soit la valeur des biens concernés, par une délibération motivée du conseil municipal ;

Dans tous ces cas, la commune est représentée dans les conditions prévues par l'article L.2122-26 du code général des collectivités territoriales qui dispose que lorsque les intérêts du maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune dans le contrat.

En outre, le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal intéressé doivent s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat, et le conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos.

Sous réserve de l'appréciation souveraine du juge judiciaire, ces dérogations ne s'appliquent strictement qu'aux élus municipaux et excluent donc de leur champ d'application les membres des établissements publics de coopération intercommunale, notamment.

▣ CONSEILS

Compte tenu de la gravité des sanctions (démission d'office, incapacité d'exercer une fonction publique...) qui assortissent les rapports d'intérêt entre élus et administration locale, on ne peut que recommander la plus grande prudence, y compris dans l'usage des dérogations ou des assouplissements.

▣ NOTA

Si l'article 432-12 du code pénal incrimine le fait de prendre, recevoir, ou conserver un intérêt dans une affaire où la personne en cause exerce un contrôle au moment de l'acte, lorsque l'acte considéré est antérieur à l'accès à un mandat électif public ou à une fonction publique ou est la continuation d'un acte antérieur et qu'il n'apporte pas de changement significatif ou ne traduit pas une nouvelle manifestation de volonté, le délit de prise illégale d'intérêt ne saurait en l'occurrence être constitué (Rép. Min. n° 20212, JO Sénat du 16 février 2006, p.434).

Sous réserve de l'appréciation souveraine de la Cour de cassation, dans le cas d'un maire qui se fait embaucher par une entreprise ayant des contrats de fourniture de services avec la commune, la prescription du délit de prise illégale d'intérêt, à le supposer constitué, court à compter de la 1^{ère} de ces deux dates : le dernier paiement effectué par la commune à l'entreprise en application du contrat de fourniture ou la fin du contrat de travail liant le maire à l'entreprise (Rép. Min. n° 21555, JO Sénat du 8 juin 2006, p.1611).

Les conditions d'application de la prise illégale d'intérêts ont été élargies récemment par la Cour de cassation. Ainsi, le délit peut être constitué par la seule possibilité que l'entreprise dirigée par un élu soit susceptible de signer un contrat (cas d'un vice-président de conseil général chargé des commissions d'attribution des subventions aux collectivités territoriales et du budget, gérant également un cabinet de maîtrise d'œuvre passant des commandes avec ces collectivités (Cass.crim., 25 janvier 2006, n°05-84782).

Il convient d'ajouter également qu'au risque pénal encouru par l'élu au titre de la prise illégale d'intérêts, s'ajoute un risque juridique lié à l'annulation de la décision en cause. Ainsi, l'article L.2131-11 du CGCT dispose que « *Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires* ». L'application de cet article est liée à l'existence d'un intérêt personnel ou professionnel distinct poursuivi par l'élu en cause. Contrairement au délit de prise illégale d'intérêts, l'application de cet article implique de démontrer que l'élu en cause a exercé une influence effective sur l'adoption de la délibération, condition caractérisée dans le cas d'un vote à main levée, en présence du maire intéressé à l'affaire, quand bien même celui-ci n'aurait pas pris part au vote (CE, 17 novembre 2010, SCI Domaine de la Rivoire, n°338338).