

# PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS ET COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : LES EFFETS PERVERS D'UNE SÉVÉRITÉ JURISPRUDENTIELLE ACCRUE

par Stéphane Penaud

Avocat associé, SCP Krust-Penaud

Le délit de prise illégale d'intérêts est un « délit obstacle » qui vise autant à prévenir qu'à réprimer les situations de conflit d'intérêts des personnes exerçant des fonctions publiques, indépendamment de leur motivation et du résultat de leur comportement.

Actuellement prévue et réprimée à l'article 432-12 du code pénal, l'infraction est constituée par :

- la prise, la réception ou la conservation, de manière directe ou indirecte, d'un intérêt quelconque ;
- par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ;
- 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 ou le paiement.

Le large champ d'application du texte et la rigueur avec laquelle il est mis en œuvre par le juge pénal alertent depuis longtemps élus et fonctionnaires territoriaux<sup>1</sup>.

Les dernières évolutions de la jurisprudence, dans le sens d'une sévérité encore accrue, aboutissent à des effets pervers sur l'action publique elle-même.

## ■ Une interprétation jurisprudentielle extensive

La rédaction même du texte invite à une appréciation large du champ de l'incrimination.

Ainsi, la prise d'un intérêt prohibé peut intervenir « directement ou indirectement » et l'intérêt être « quelconque ».

De fait, la jurisprudence fait une large application du délit.

### Administration ou surveillance de l'affaire

La notion d'administration ou de surveillance de l'affaire est très compréhensivement appréciée par le juge.

Elle s'entend, naturellement des **pouvoirs personnels de décision** de l'auteur, c'est-à-dire lorsque l'affaire entre dans le cadre de ses compétences, propres ou déléguées.

Les exécutifs locaux sont ainsi considérés comme ayant, à raison de leurs fonctions, la surveillance et l'administration de l'ensemble des affaires de la collectivité qu'ils dirigent.

- maire : Crim. 23 févr. 2001, n° 10-82.880<sup>2</sup> ; Crim. 18 juill. 2017, n° 16-86.866 ;
- président de conseil général : Crim. 9 févr. 2005, n° 03-85.697<sup>3</sup>, Bull. crim. n° 48 ;

- président de conseil régional : Crim. 9 janv. 2008, n° 07-83.524 ;

- ou d'établissement public de coopération intercommunale : Crim. 2 nov. 1961, Bull. crim. n° 438<sup>4</sup>.

En cas de délégation, le délégataire mais aussi le délégant sont considérés comme ayant l'administration ou la surveillance au sens du texte d'incrimination.

En effet, s'agissant des délégations de signature, celles-ci laissent subsister la compétence du délégant. S'agissant des délégations de pouvoir, si elles entraînent transfert de compétence, elles sont exercées sous la surveillance et la responsabilité du délégant (CGCT, art. L. 2122-18, L. 2122-19, L. 3221-3 et L. 4231-3). Il a ainsi été jugé que « nonobstant la délégation de signature donnée à un chef de service... [le président d'un conseil général] avait conservé la surveillance ou l'administration [d'un marché] »<sup>5</sup>.

Toutefois, le déport et la délégation donnée par un élu dans les conditions fixées par la loi du 11 octobre 2013<sup>6</sup> sont de nature, dès lors que les conditions fixées par le texte sont respectées, à le dégager de la surveillance de l'opération concernée par cette délégation.

La surveillance ou l'administration s'entendent également de **simples pouvoirs de préparation ou de**

(1) Témoins le nombre et la fréquence des articles et commentaires qui y sont consacrés dans la presse juridique. Ainsi, pour l'AJCT : J. Lassere Capdeville, La prise illégale d'intérêts : un délit au champ d'application élargi, AJCT 2011. 344 ; P. Lingibé, Le point sur les conflits d'intérêts : prise illégale d'intérêts, octroi d'avantage injustifié et notion de conseiller intéressé, AJCT 2012. 609 ; C. Olivier, La prise illégale d'intérêts : quels risques aujourd'hui pour les collectivités ?, AJCT 2014. 534 ; P. Lingibé, La moralisation de la vie publique en marche : conflits d'intérêts, délit de favoritisme et prise illégale d'intérêts, AJCT 2017. 331.

(2) AJDA 2018. 252 ; AJCT 2018. 277.

(3) AJDA 2005. 854 ; RSC 2005. 560 ; RTD com. 2005. 616 ; Dr. pénal 2005, comm. 114.

(4) JCP 1961. IV. 169.

(5) Crim. 9 févr. 2005, n° 03-85.697, préc. – dans le même sens, Crim. 30 nov. 2005, n° 05-82.773.

(6) Loi n° 2013-907 relative à la transparence de la vie publique, sur laquelle not. P. Villeneuve, Transparence de la vie publique et prévention des conflits d'intérêts, AJCT 2013. 512 ; M. Segonds, La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique... ou la préservation des délits de prise illégale d'intérêts, RSC 2013. 877.

**proposition** de décisions prises par d'autres<sup>7</sup> ou de présentation de rapports ou avis en vue de la prise de telles décisions<sup>8</sup>.

L'existence de tels pouvoirs est largement admise par la jurisprudence.

Tel est le cas, par exemple, pour :

- les interventions et propositions dans le cadre d'une commission : Crim. 14 oct. 1943, Bull. crim. n° 4 ; Crim. 25 oct. 2006, n° 05-84.782<sup>9</sup> ;
- la formulation d'avis : Crim. 9 mars 2005, n° 04-83.615<sup>10</sup> ; Crim. 7 oct. 1976, n° 75-92.246, Bull. crim. n° 285 ;
- une intervention en qualité de rapporteur devant l'assemblée délibérante : **Crim. 2 févr. 1988, n°????**, Bull. crim. n° 138<sup>11</sup> ;
- la préparation de documents pour la signature de l'exécutif : Crim. 22 sept. 1998, n° 96-86.990<sup>12</sup> ;
- ou d'un dossier de demande de subvention : Crim. 27 juin 2018, n° 17-84.804, n° 17-84.804.

(7) Crim. 7 oct. 1976, n° 75-92.246, Bull. crim. n° 285 ; D. 1976. IR 293 ; RSC 1977. 325 ; Crim. 27 juin 2018, n° 17-84.804, RTD com. 2018. 1053.

(8) Crim. 19 nov. 2003, n° 02-87.336, D. 2004. 2753, obs. G. Roujou de Boubée ; Dr. pénal 2004, comm. 32 ; JCP 2004. I. 157, chron.

(9) JCP Adm. 2006, n° 1089, note F. Linditch.

(10) D. 2005. 1050 ; RSC 2006. 75 ; RTD com. 2005. 616 ; Dr. pénal 2005, comm. 115.

(11) JCP 1988. IV. 2412.

(12) Dr. pénal 1999, comm. 21.

(13) Crim. 10 févr. 1988, n° 86-93.258, Bull. crim. n° 69 ; D. 1988. 195, note G. Azibert ; JCP 1988. IV. 143 ; Gaz. Pal. 1988. 1. Somm. 185 : la Cour de cassation mentionne « le droit de délibérer » comme relevant de la surveillance ou l'administration de l'affaire au sens du texte d'incrimination.

(14) Crim. 19 mai 1999, n° 98-80.726, Bull. crim. n° 101 ; D. 2000. 124, obs. M. Segonds ; RSC 1999. 830 ; RTD com. 1999. 1000 ; Dr. pénal 1999, comm. 139.

(15) Crim. 4 avr. 2001, n° 00-82.534, Bull. crim. n° 93 ; JCP 2001. IV. 2164 ; JCP 2002. I. 107, chron. ; Crim. 8 juin 1999, n° 98-82.608 ; Crim. 24 oct. 2001, n° 00-86.681, Dr. pénal 2002, comm. 29 ; Crim. 21 nov. 2001, n° 00-87.532, Bull. crim. n° 243 ; D. 2003. 245, obs. M. Segonds ; RTD com. 2002. 379 ; JCP 2002. IV. 1134 ; Crim. 10 avr. 2002, n° 01-84.286, Bull. crim. n° 84 ; D. 2003. 246, et les obs., obs. M. Segonds ; RTD com. 2002. 735 ; JCP 2002. IV. 2203 ; Dr. pénal 2002, comm. 105 ; Crim. 10 avr. 2002, n° 01-85.613 ; Crim. 19 nov. 2003, n° 02-87.336, préc. ; Crim. 14 nov. 2007, n° 07-80.220, Bull. crim. n° 279 ; AJDA 2007. 2346 ; D. 2008. 89 ; AJ pénal 2008. 35 ; Dr. adm. 2008, comm. 27 ; BJCL 2008. 379 ; Crim. 22 oct. 2008, n° 08-82.068, Bull. crim. n° 212 ; AJDA 2008. 2144 ; D. 2008. 3013 ; AJ pénal 2009. 34 ; BJCL 2009. 203 ; Dr. pénal 2009, comm. 3 et chron. 9 ; Crim. 9 févr. 2011, n° 10-82.988 ; Crim. 19 juin 2013, n° 11-89.210.

(16) M. Segonds, Rép. Dalloz droit pénal, V° *Prise illégale d'intérêt*, n° 30.

(17) Rép. min. Kléber Haye, 8 oct. 1984, JO Débats AN, 1<sup>er</sup> juill. 1985.

(18) Crim. 21 juin 2000, n° 99-86.871, Bull. crim. n° 239 ; JCP 2000. IV. 241 ; Crim. 3 mai 2001, n° 00-82.880, Bull. crim. n° 106 ; D. 2001. 2876 ; RSC 2002. 111 ; RTD com. 2001. 990 ; JCP 2001. IV. 2216 ; Dr. pénal 2001, comm. 99 ; Crim. 15 déc. 2004, n° 03-87.927 ; Crim. 9 févr. 2005, n° 03-85.697, préc.

(19) Crim. 29 juin 2011, n° 10-87.498, Bull. crim. n° 153 ; AJDA 2011. 1410 ; *ibid.* 2015, note R. Méssa ; JCP Adm. 2012, n° 2001.

(20) Crim. 30 juin 2010, n° 09-84.040 ; Crim. 13 mars 2018, n° 17-86.548, JA 2018, n° 581, p. 11 ; AJCT 2018. 401 ; Crim. 5 avr. 2018, n° 17-81.912, AJDA 2018. 768 ; D. 2018. 800 ; AJ pénal 2018. 313 ; AJCT 2018. 464.

(21) Crim. 15 déc. 1905, Bull. crim. n° 554 ; D. 1907. 1, 195, rapport Mercier ; S. 1909, 1, 109 ; T. corr. Poitiers, 19 mars 1980, JCP 1980. II. 19409 ; Crim. 2 nov. 1961, Bull. crim. n° 438 ; JCP 1961. IV. 169 ; Crim. 21 juin 2000, n° 99-86.871, préc., Bull. crim. n° 239 ; JCP 2000. IV. 241 ; Crim. 22 oct. 2008, n° 08-82.068, préc.

(22) Crim. 21 juin 2000, n° 99-86.871, préc. ; Crim. 14 juin 2000, n° 99-84.054, D. 2000. 216, et les obs. ; RTD com. 2000. 1026.

(23) Crim. 19 mars 2008, n° 07-84.288, Bull. crim. n° 69 ; AJ pénal 2008. 238 ; RSC 2008. 592 ; RTD com. 2008. 878 ; Crim. 22 oct. 2008, n° 08-82.068, préc. ; Crim. 22 févr. 2017, n° 16-82.0039 ; Crim. 27 juin 2018, n° 16-86.256.

(24) Crim. 15 déc. 2005.

(25) Crim. 22 juin 2006, D. 1909, I, 243 ; Crim. 14 juin 2000, n° 99-84.054, D. 2000. 216, et les obs. ; RTD com. 2000. 1026 ; Crim. 21 nov. 2001, n° 00-87.532, préc.

(26) Crim. 22 avr. 2015, D. 1921, I, 139.

(27) T. corr. Poitiers, 19 mars 1980, préc.

La jurisprudence a également élargi la conception de l'administration ou la surveillance de l'affaire en l'étendant à la **participation à des décisions collectives**.

Cet élargissement, annoncé par un arrêt de 1988<sup>13</sup>, a été consacré en jurisprudence à la fin des années 1990. Ainsi, dans un arrêt de 1999, la chambre criminelle de la Cour de cassation a posé que « la participation d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-12 »<sup>14</sup>. Cette jurisprudence a été abondamment confirmée depuis<sup>15</sup>.

Il en résulte que désormais, pour l'appréciation de la surveillance ou de l'administration de l'affaire n'est plus seulement pris en compte un pouvoir personnel de décision ou de proposition de l'agent, mais aussi un pouvoir de décision collégial<sup>16</sup>.

## Prise d'intérêt dans « une entreprise ou une opération »

Ces notions sont interprétées très largement.

Elles recouvrent en effet non seulement les entreprises, sociétés et groupements de toutes sortes, mais aussi tous contrats, actes juridiques, opérations matérielles, négociations, études, services, activités...<sup>17</sup>

## Notion d'intérêt

L'intérêt fait également l'objet d'une appréciation extensive.

Il peut ainsi être non seulement patrimonial, mais moral :

- familial<sup>18</sup> ;
- professionnel<sup>19</sup> ;
- amical<sup>20</sup>...

L'intérêt illicite n'implique pas la réalisation d'un profit par l'auteur<sup>21</sup> mais « se consomme par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel »<sup>22</sup>.

Il n'est pas plus requis qu'il soit en contradiction avec l'intérêt de la collectivité dont l'auteur est membre<sup>23</sup>.

## Élément moral de l'infraction

La jurisprudence considère depuis fort longtemps qu'il suffit, pour la caractérisation de l'élément moral de l'infraction, que l'auteur ait pris sciemment un intérêt dans une affaire dont il avait la surveillance ou l'administration, alors même qu'il avait agi avec la plus entière bonne foi<sup>24</sup>.

Cette position est régulièrement rappelée par la Cour de cassation, pour laquelle le délit est consommé par la seule prise d'intérêt<sup>25</sup>, indépendamment de toute volonté frauduleuse<sup>26</sup>, même si l'auteur a voulu rendre un service à la collectivité publique.<sup>27</sup>

Il ressort des éléments qui précèdent que la jurisprudence apprécie très largement les éléments constitutifs de la prise illégale d'intérêts, le délit pouvant ainsi s'appliquer à de nombreuses situations que sont susceptibles de connaître élus et fonctionnaires territoriaux.

## Renforcement de la sévérité de la jurisprudence

Ces dernières décennies, la Cour de cassation a appliqué avec plus de rigueur encore l'article 432-12 du code pénal.

Ce durcissement concerne l'appréciation de la notion de surveillance ou d'administration dans le cadre de la participation à une

décision collective, d'une part, celle de la notion d'intérêt prohibé, d'autre part.

### Surveillance ou administration et participation à une décision collective

Comme il a déjà été signalé, depuis la fin des années 1980, le juge pénal considère que la participation aux délibérations d'un organe délibérant vaut administration ou surveillance au sens de l'article 432-12 du code pénal. Cette participation est très largement appréciée. Ainsi :

- est considéré comme valant surveillance le vote par mandataire interposé<sup>28</sup> ;
- le rôle de l'élu lors de l'adoption de la délibération<sup>29</sup> ou les conditions de majorité auxquelles celle-ci a été acquise ne sont pas pris en compte<sup>30</sup> par le juge ;
- enfin, la seule présence aux débats, même si le membre de l'organe délibérant non seulement ne prend pas part au vote<sup>31</sup> mais encore quitte la salle lors de celui-ci<sup>32</sup>, suffit à caractériser la surveillance ou l'administration au sens de l'article 432-12.

Il résulte de cet élargissement jurisprudentiel, selon un auteur de référence, que « c'est donc bien finalement la simple présence, même muette, aux débats qui est condamnable, la surveillance n'exige plus désormais de manifestation concrète d'une quelconque influence sur la décision »<sup>33</sup>.

### Notion d'intérêt prohibé

Il a été exposé que l'intérêt prohibé pouvait être de nature seulement morale.

La notion d'intérêt moral a dernièrement connu une remarquable extension jurisprudentielle. En effet, dans une décision au fort retentissement<sup>34</sup>, la Cour de cassation a confirmé la condamnation pour prise illégale d'intérêt d'élus municipaux de la ville de Bagneux<sup>35</sup> pour avoir voté des subventions à des associations qu'ils présidaient à qualité, en application des statuts de ces organismes. En l'espèce, la Cour a approuvé les juges d'appel d'avoir considéré que « les élus municipaux, détenant un mandat électif et des fonctions de président d'associations, sont soumis à l'obligation de veiller à la parfaite neutralité des décisions d'attribution des subventions à ces associations » et que « l'infraction est constituée même s'il n'en résulte ni profit pour les auteurs ni préjudice pour la collectivité ».

Elle conclut que « l'intérêt, matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en participant au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président entre dans les prévisions de l'article 432-12 du code pénal ; qu'il n'importe que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal ».

En d'autres termes, selon cette décision, constitue une prise illégale d'intérêts la participation d'un élu local à une décision de son assemblée délibérante relative à un organisme tiers au sein duquel il représente justement sa collectivité.

### ■ Effets pervers de la jurisprudence actuelle

Dans son état actuel, la jurisprudence est génératrice d'incertitude juridique et induit des effets pervers sur l'efficacité du contrôle par

les collectivités de leurs organismes satellites et le fonctionnement des structures intercommunales.

### Contradiction entre les jurisprudences pénale et administrative, source d'insécurité juridique

Les conflits d'intérêts sont également sanctionnés par une irrégularité administrative.

Ainsi, aux termes de l'article L. 2131-11 du CGCT, « sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil municipal intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires ».

Cette illégalité est constituée par la réunion de deux conditions cumulatives.

En premier lieu, pour être considéré comme intéressé au sens du CGCT, l'élu doit avoir à l'affaire un **intérêt distinct de celui de la généralité des habitants de la commune**<sup>36</sup>.

À cet égard, s'agissant de la participation d'élus à des organismes extérieurs à la commune, il a été jugé qu'un maire et des conseillers municipaux, président et membres d'une association, avaient un intérêt irrégulier à la délibération accordant une garantie d'emprunt à cette association, quand bien même ils y siégeaient à qualité, en application des statuts de l'organisme<sup>37</sup>.

Inversement, la participation du maire et d'élus membres d'une association appelée à gérer une réserve naturelle, à la délibération donnant un avis favorable au projet de création de cette dernière n'a pas été considérée irrégulière, aux motifs que l'association « avait été créée dans un cadre intercommunal » et que « c'est en raison de ses fonctions que le maire en était membre »<sup>38</sup>.

Pareillement, n'a pas été sanctionnée la participation de conseillers municipaux, par ailleurs président et membres du conseil d'administration de l'OPAC

(28) Cas où l'élu intéressé à l'affaire a donné procuration : Crim. 24 oct. 2001, n° 00-86.681, préc. ; Crim. 10 avr. 2002, n° 01-84.286, préc.

(29) Peu importe que l'élu « n'ait pas pris part à la discussion précédant [ce] vote ou que celui-ci n'ait été que formel » (Crim. 21 nov. 2001, n° 00-87.532, préc.).

(30) Contrairement à la démarche du juge administratif, qui prend ces éléments en considération pour apprécier l'illégalité des délibérations auxquelles a pris part un conseiller intéressé.

(31) Crim. 19 nov. 2003, n° 02-87.336, préc. ; Crim. 3 déc. 2008, n° 08-83.532, RTD com. 2009. 470 ; Dr. pénal 2009, n° 38 ; Crim. 22 févr. 2017, n° 16-82.039.

(32) Crim. 14 nov. 2007, n° 07-80.220, préc.

(33) J. Benoît, *Encycl. Coll. loc. Dalloz, Statut général des élus : responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt*, n° 38.

(34) Crim. 22 oct. 2008, n° 08-82.068, Bull. crim. n° 212, préc. note 15 ; AJDA 2008. 2144 ; D. 2008. 3013 ; AJ pénal 2009. 34 ; BJCL 2009. 203 ; Dr. pénal 2009, comm. 3 et chron. 9.

(35) Maire, adjoints et conseillers municipaux.

(36) CE 16 déc. 1994, n° 145370, Lebon 559 ; AJDA 1995. 72 ; RDSS 1995. 572 ; JCP 1995. IV. 486 ; RFDA 1995. 212.

(37) CE 9 juill. 2003, n° 248344, Lebon ; AJDA 2003. 1838 ; *ibid.* 2264, note D. Blaise ; JCP Adm. 2003, n° 1926.

(38) CE 17 nov. 1999, n° 196531.

local, à une délibération portant cession de voiries communales à l'office, « compte tenu du caractère public de cet établissement »<sup>39</sup>.

Au regard de ces décisions, on peut considérer que le juge administratif a tendance à ne pas retenir l'existence d'un intérêt illicite d'un élu pour les décisions concernant un organisme de coopération au sein duquel il représente sa collectivité, a fortiori si cet organisme est de droit public.

En ce sens, sa position diverge de celle du juge pénal dans la jurisprudence *Ville de Bagneux* précitée.

En second lieu, la seule présence du conseiller intéressé ne suffit pas à vicier la délibération. Il faut également que sa participation ait été de nature à exercer une **influence effective** sur son adoption.

Cette influence s'apprécie au regard de l'intervention, en amont de la décision, par la participation aux travaux préparatoires<sup>40</sup>, ou lors de la présentation et du vote de la décision<sup>41</sup>, mais aussi en fonction du résultat du vote et de l'écart de voix plus ou moins important<sup>42</sup>.

Là encore, la caractérisation d'un intérêt illicite est appréciée de manière plus restrictive que par le juge répressif.

On constate ainsi que les conditions de l'illégalité de l'article L. 2131-11 du CGCT sont beaucoup plus strictes que celles de l'article 432-12 du code pénal, notamment quant à la détermination de l'intérêt illicite et aux conditions de sa prise.

Il en résulte qu'un même acte peut être considéré comme intervenu au terme d'une procédure administrative régulière mais néanmoins être constitutif du délit de prise illégale d'intérêts, ce qui engendre une insécurité juridique certaine.

## Incidences de la jurisprudence actuelle sur le contrôle des organismes satellites

Dans sa décision du 22 octobre 2008, la Cour de cassation pose que l'élu qui vote au sein de son assem-

blée délibérante une subvention bénéficiant à une association qu'il préside relève d'un intérêt prohibé au sens de l'article 432-12 du code pénal.

La solution est transposable :

- à d'autres structures, telles qu'un groupement d'intérêt économique (GIE), un groupement d'intérêt public (GIP) ou une société d'économie mixte locale (SEML)<sup>43</sup> ;
- et d'autres décisions, telle l'approbation de conventions avec ces structures, par exemple.

Elle l'est également, selon nous, dans le cas où l'élu concerné est membre des organes dirigeants (conseil d'administration, bureau) de l'organisme.

Ainsi, selon la jurisprudence actuelle, l'élu qui représente sa collectivité au sein d'un organisme extérieur ne peut, au sein de sa collectivité, participer aux décisions concernant cet organisme.

Il en résulte d'incontestables pesanteurs pratiques, peu compatibles avec la présence d'élus locaux au sein des organes dirigeants d'organismes liés à leurs collectivités.

Or cette présence, en qualité de représentants de la collectivité, est parfois imposée par la loi (par exemple, dans les SEML, aux termes de l'art. L. 1524-5 du CGCT) ou recommandée par les services de l'État (par exemple, dans les missions locales ou permanences d'accueil, d'information et d'orientation [PAIO] sous forme associative, dont la réglementation recommande qu'elles soient présidées par un élu représentant les collectivités participant au financement de la structure, lesquelles sont représentées au sein du conseil d'administration). Elle est également courante au sein d'associations partenaires des collectivités.

La jurisprudence pénale actuelle rend cette présence, non seulement inefficace, mais également dangereuse.

## Incidences de la jurisprudence actuelle en matière d'intercommunalité

Les effets de la jurisprudence *Ville de Bagneux* ne sont pas limités au seul secteur associatif mais sont également transposables en matière d'intercommunalité.

Le ministre de la Justice a rappelé à cet égard que « le délit de prise illégale d'intérêt est un délit obstacle dont l'objet est de garantir notamment l'impartialité de la personne investie d'un mandat électif public dans l'exercice de ses prérogatives ; celle-ci est donc astreinte à un désintéressement absolu afin de faire échec à toute suspicion de partialité. L'article 432-12 du code pénal n'exclut donc pas de son champ d'application les cas dans lesquels l'intérêt serait pris, reçu ou conservé par un élu local au sein d'un établissement public local »<sup>44</sup>.

Comme le relèvent la doctrine et les commentateurs, l'application de la jurisprudence de la Cour de cassation à l'intercommunalité a des effets considérables.

Un auteur de référence souligne ainsi qu'« en cet état de la jurisprudence, on peut envisager tout aussi bien la condamnation des représentants d'une commune au sein d'un établissement public de coopération intercommunale, dès lors qu'ils participent à une délibération concernant la commune dont ils sont les délégués... »<sup>45</sup>. Ces critiques et inquiétudes<sup>46</sup> nous semblent parfaitement fondées. Surtout, l'application de la solution dégagée par cet arrêt en matière d'intercommunalité encourt deux objections principales.

(39) CAA Versailles, 15 mai 2008, n° 06VE01131, AJDA 2008. 1676.

(40) Par ex. à des groupes de travail (CE 17 févr. 1993, n° 115600, Lebon T. 649).

(41) L'influence effective est not. retenue si l'élu intéressé a été rapporteur du projet (CE 13 févr. 1987, n° 120419; CE 6 mai 1994, n° 115612, Lebon; CE 29 juill. 1994, n° 129877, Lebon) ou a pris une part importante aux débats (CE 27 juin 1997, n° 122044, Lebon). Pas de participation effective si l'élu a quitté la salle au moment du vote (CE 30 déc. 2002, n° 229099, Lebon; Coll. terr. 2003, n° 74, note Céliérier).

(42) CE 27 juin 1997, n° 122044, préc.; CE 26 févr. 1982, n° 12440, Lebon T. 549.

(43) Pour les SEML, si, aux termes de l'art. L. 1524-5 du CGCT, les élus agissant en tant que mandataires de leur collectivité au sein de l'organe d'administration de la société ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services locaux au sens du code électoral ni comme intéressés à l'affaire au sens de l'art. L. 2131-11 du CGCT, la dérogation ne concerne pas le délit de prise illégale d'intérêts.

(44) Rép. Min. P. Gélard n° 9200, JO Sénat 28 juin 2011, p. 1993.

(45) J. Benoît, art. préc., n° 78.

(46) V., not., J. Benoît, art. préc., n° 79 s. et les critiques de commentateurs pénalistes citées.

**La première est d'ordre juridique** – Considérer que l'élu d'un EPCI ou de tout autre organisme de coopération intercommunale prend un intérêt irrégulier dès lors qu'il participe, au sein de cet établissement ou de cet organisme, à une décision intéressant la collectivité qu'il y représente, se heurte à la logique même de l'intercommunalité.

En effet, aux termes de l'article L. 5211-6 du CGCT, les EPCI sont administrés « par un organe délibérant composé de délégués élus par les conseils municipaux des communes membres » et on ne peut artificiellement ériger une frontière hermétique entre ces délégués et leur commune, ni considérer que les intérêts de ces dernières sont incompatibles, au sens de l'article 432-12, avec ceux de l'EPCI et ainsi interdire aux délégués de prendre part, dans l'une ou l'autre des assemblées délibérantes, aux discussions relatives aux relations entre l'établissement et ses membres.

Bien au contraire, la loi reconnaît ce lien et impose même un débat annuel sur ces relations au sein du conseil municipal des communes membres<sup>47</sup>.

**La seconde objection est d'ordre pratique** – Dans la mesure où les délibérations de grande portée des EPCI ou autres établissements de coopération, tels le vote du budget ou la fixation des contributions des membres, intéressent tous les adhérents de manière individuelle<sup>48</sup>, la logique de la Cour de cassation aboutirait à considérer tout vote de leurs délégués en la matière comme constitutif de prise illégale d'intérêt<sup>49</sup>.

L'extension de la notion d'intérêt effectuée par la Cour de cassation dans son arrêt de 2008, appliquée à l'intercommunalité, non seulement génère une insécurité certaine mais aussi et surtout s'avère incompatible avec les principes mêmes et le fonctionnement des structures intercommunales.

## ■ Question de l'efficience des moyens de prévention des risques

### Prudence dans la participation aux décisions

Face à la sévérité de la jurisprudence pénale, il semble délicat de prévenir les risques sans pour autant mettre en œuvre des mesures radicales, comme une abstention totale de participation aux décisions.

C'est pourtant ce dernier moyen que le ministre de la Justice a recommandé pour éviter le risque de prise illégale d'intérêts : «... les élus locaux représentant une collectivité territoriale au sein d'un établissement public local peuvent échapper à toute sanction en s'abstenant de prendre part aux délibérations de l'assemblée locale appelée à se prononcer sur ses relations avec cet établissement public. »<sup>50</sup>

Cette analyse est transposable aux délibérations de l'établissement concernant ses relations avec ses membres.

La préconisation du ministre semble trop radicale en ce qu'elle vise l'ensemble des délibérations sans distinction, ce qui peut aboutir à une paralysie lorsque des décisions concernent les relations de l'établissement avec la totalité de ses membres.

Elle est par ailleurs insuffisante au regard de la jurisprudence, qui sanctionne, au-delà de la participation au vote, la seule présence en séance ou l'intervention en amont.

Une solution médiane consisterait à proscrire la participation des élus à la préparation, la présentation, les débats et le vote des décisions des instances décisionnaires de l'EPCI lorsqu'elles concernent individuellement la commune ou l'établissement qu'ils représentent<sup>51</sup>.

## Procédure de déport de la loi du 11 octobre 2013

La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 et son décret d'application<sup>52</sup> prévoient des mécanismes visant à prévenir les situations de conflit d'intérêts.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi pose en principe que « les personnes titulaires d'un mandat électif local [...] exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts ».

L'article 2 du texte définit le conflit d'intérêts comme « 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 ».

Le même article prévoit une obligation d'abstention à l'égard de certains élus lorsqu'ils estiment se trouver en situation de conflit d'intérêts :

Aux termes de l'article 2 I 2<sup>o</sup> de la loi, lorsque ces personnes estiment se trouver dans une situation de conflit d'intérêts, « elles sont suppléées par leur délégataire, auquel elles s'abstiennent de donner des instructions ».

On peut supposer, sans certitude toutefois, que la mise en œuvre de la procédure de déport prévue par la loi de 2013 pourrait faire obstacle à l'application de l'article 432-12<sup>53</sup>.

## ■ Nécessaire réforme législative ?

En réaction à la sévérité de la jurisprudence de la Cour de cassation, des auteurs ont émis le souhait d'une intervention législative pour assouplir le cadre de l'article 432-12<sup>54</sup>.

De fait, il semble peu probable que la Cour infléchisse sa position, comme l'indique son sec rejet d'une QPC relative au texte<sup>55</sup>.

Des propositions en ce sens sont actuellement en cours d'examen.

## Initiatives parlementaires

Le Sénat a approuvé le 24 juin 2010 une proposition de loi visant à remplacer à l'article 432-12 du code pénal la notion « d'intérêt quelconque » par celle « d'intérêt personnel distinct de l'intérêt général »<sup>56</sup>.

(47) CGCT, art. L. 5211-39.

(48) Comme contributeurs.

(49) La collectivité membre ayant en tant que contributrice un intérêt distinct, voire opposé à celui de l'EPCI, collecteur et bénéficiaire des fonds.

(50) Rép. Min. P. Gélard, 28 juill. 2001, préc.

(51) Par ex. pour la conclusion des conventions prévues à l'article 10.3 des statuts (mise à disposition de services, maîtrise d'ouvrage partagée, mandat, prestation de services...).

(52) Décr. n° 2014-90 du 31 janv. 2014 portant application de l'art. 2 de la loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, sur lequel AJDA 2014. 254.

(53) En ce sens, J. Benoît, art. préc., n° 111.

(54) J. Benoît, art. préc., n° 85; M. Levent Saban, *Prise illégale d'intérêts: alertez vos élus!*, Lettre du cadre territorial, 15 avr. 2010, n° 399, p. 14.

(55) Crim. 20 déc. 2017, n° 17-81.975.

(56) V. J. Benoît, art. préc., n° 85.

L'Assemblée nationale avait, pour sa part, adopté, dans le cadre de l'examen de la loi relative à la transparence de la vie publique, un amendement visant à définir dans l'article 432-12 l'intérêt illégalement pris comme un « intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité ». Cet amendement n'a pas été conservé dans la loi du 11 octobre 2013.

L'éventualité de la traduction de ces propositions en droit positif demeure toutefois hypothétique, tant est grande la crainte des réactions de l'opinion.

(57) Comme les associations « administratives » ou les SEML par ex.

(58) Art. 5-1 de la loi n° 2002-1 du 2 janv. 2002 modifiant l'art. L. 1524-5 du CGCT.

(59) Au sens des art. L. 207, L. 231 et L. 343 du C. élect.

(60) Au sens de l'art. L. 2131-11 du CGCT.

## Pour l'instauration d'un régime dérogatoire

Une autre solution législative consisterait, sans modifier le texte d'incrimination, à en exclure l'application aux élus représentant leur collectivité dans une structure publique de coopération intercommunale, voire dans une structure privée contrôlée par la collectivité<sup>57</sup>.

Une disposition similaire a été adoptée pour les SEML<sup>58</sup>, en écartant la qualification d'entrepreneur de services municipaux<sup>59</sup> et de conseiller intéressé à l'affaire<sup>60</sup> pour les élus locaux agissant en tant que mandataires de leur collectivité au sein des organes de ces sociétés. Mais ce texte n'avait pas écarté l'application de l'article 432-12 du code pénal, que le législateur semble fortement craindre de modifier.

Le prochain projet de loi réformant le statut des élus locaux, actuellement en préparation, constituerait un véhicule législatif pertinent pour introduire dans le CGCT une exemption du délit de prise illégale d'intérêts applicable, à tout le moins, aux représentants des collectivités dans les établissements publics de coopération intercommunale.

# DÉLIT DE FAVORITISME ET COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : PRÉSENTATION ET ILLUSTRATIONS RÉCENTES

par Jérôme Lasserre Capdeville

Maître de conférences HDR à l'université de Strasbourg

On doit à l'article 7 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché la création de l'infraction d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, infraction plus couramment nommée délit de « favoritisme ».

Celui-ci trouve aujourd'hui son siège à l'article 432-14 du code pénal, aux termes duquel :

« Est puni de deux 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 par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés

d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession »<sup>1</sup>.

Par cette infraction, le législateur a voulu créer un délit très large afin de préserver au mieux l'achat public. L'objectif premier est ici de garantir l'efficacité de la concurrence dans l'attribution des marchés publics et d'empêcher certaines dérives locales révélées par quelques « affaires » à la fin des années quatre-vingt.

En pratique, les condamnations pour favoritisme demeurent néanmoins assez rares.

Ainsi, selon le rapport annuel d'activité de l'ancien Service central de prévention de la corruption (SCPC) pour l'année 2015<sup>2</sup>, seules 36 infractions ont donné lieu à condamnation pour favoritisme en 2011, 38 en 2012, 21 en 2013 et enfin 16 en 2014. Ces chiffres ne remettent cependant pas en cause l'utilité du délit de favoritisme qui a, également, un rôle préventif à jouer.

Étudions alors plus en détail cette incrimination. Nous aborderons successivement les éléments constitutifs de cette dernière et la répression qui y est associée.

(1) Sur ce délit, J. Lasserre Capdeville, Rép. pén. Dalloz, V° Favoritisme : marchés publics ; C. Clavier-Rousset, Favoritisme, J.-Cl. Pénal des affaires, 2016.

(2) J. Lasserre Capdeville, Rapport annuel du SCPC pour l'année 2015 : focus sur la responsabilité pénale des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux, AJCT 2017. 147.