

PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS : DERNIER ACTE DE LA RÉFORME AVEC LA LOI « 3DS »

par Stéphane Penaud
Avocat à la cour, SCP Krust-Penaud

À la suite de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire du 22 décembre 2021¹, qui avait modifié la définition du délit de prise illégale d'intérêts en substituant à la notion très large de prise d'un « intérêt quelconque » celle, plus précise, d'un intérêt « de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité »², la loi dite « 3DS »³ vient achever la réforme de la mise en œuvre de l'incrimination en

protégeant de son application les représentants d'une collectivité territoriale au sein des organes d'une personne morale à laquelle la collectivité participe par application de la loi.

■ Contexte de la réforme

Un délit très largement défini et appliqué...

Le délit de prise illégale d'intérêts a été conçu dès l'origine comme un délit-obstacle, visant autant à prévenir qu'à sanctionner les situations de conflit d'intérêts des personnes exerçant des fonctions publiques, indépendamment de leur motivation et du résultat de leur comportement. Était ainsi réprimée par l'article 432-12 du code pénal, avant la réforme du 22 décembre 2021, la prise, la réception ou la conservation, directe ou indirecte, d'un « intérêt quelconque ». Cette définition déjà large de l'intérêt prohibé⁴ faisait en outre l'objet d'une appréciation extensive par la jurisprudence qui sanctionnait l'intérêt non seulement patrimonial, mais aussi moral (familial⁵, professionnel⁶, amical⁷, etc.). Elle considérait également que l'intérêt illicite n'impliquait pas la réalisation d'un profit par l'auteur⁸ mais se consummait « par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel »⁹. Enfin, elle n'exigeait pas non plus que l'intérêt soit en contradiction avec celui de la collectivité ou de l'administration dont l'auteur est membre¹⁰.

... suscitant des critiques et des demandes de réforme

La sévérité de la jurisprudence pénale et notamment son appréciation objective du conflit d'intérêts a fait l'objet de critiques. Ainsi, notamment, le vice-président du Conseil d'État¹¹ et la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP)¹² déploieraient la définition trop objective et lâche des éléments constitutifs du délit, son champ d'application potentiellement très large et sa portée extensive au regard de la notion « d'intérêt quelconque ». La HATVP relevait à cet égard qu'« il s'avère que l'application de la règle de droit actuelle s'articule difficilement avec les exigences du statut des élus locaux lorsqu'ils siègent en qualités au sein d'un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC), de sociétés d'économie mixte (SEM) ou de sociétés publiques locales (SPL) »¹³. Ce constat et ces préoccupations étaient partagés par les parlementaires, qui ont été à l'origine de plusieurs tentatives de réforme de l'article 432-12 du code pénal, demeurées sans suite¹⁴. Ces préoccupations ont de nouveau été exprimées lors des travaux relatifs à la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire. À cette occasion, ont été déplorées l'évolution de la jurisprudence, de plus en plus formelle et sévère¹⁵, et son inadaptation aux situations vécues par les élus, notamment lorsqu'ils représentent leur collectivité au sein d'organismes extérieurs¹⁶, le délit pouvant s'appliquer à de simples défauts de procédure¹⁷.

(1) L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 15.

(2) E. Daoud et E. de Castelbajac, Le délit de prise illégale d'intérêts enfin revisité, AJ pénal 2022. 64.

(3) L. n° 2022-217 du 21 févr. 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

(4) Par l'emploi du terme « quelconque ».

(5) 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, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; RTD com. 2001. 990, obs. B. Boulloc ; JCP 2001. IV. 2216 ; Dr. pénal 2001, comm. 99, M. Véron ; Crim. 15 déc. 2004, n° 03-87.927 ; Crim. 9 févr. 2005, n° 03-85.697, Bull. crim. n° 48 ; RSC 2005. 560, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; RTD com. 2005. 616, obs. B. Boulloc ; Dr. pénal 2005, comm. 114, M. Véron.

(6) Crim. 29 juin 2011, n° 10-87.498, Bull. crim. n° 153 JCP A 2012, n° 2001, chron. D. Seban et M. Hénon ; Gaz. Pal. 2011. 2, 222, note J. Lasserre-Capdeville ; *ibid.* 3444, note E. Dreyer.

(7) Crim. 30 juin 2010, n° 09-84.040 ; Crim. 13 mars 2018, n° 17-86.548 ; Crim. 5 avr. 2018, n° 17-81.912, D. 2018. 800 ; AJ pénal 2018. 313, obs. J. Lasserre Capdeville.

(8) Crim. 15 déc. 1905, Bull. crim. 554 ; D. 1907. 1, 195, rapport Mercier ; S. 1909. 1, 109 ; T. corr. Poitiers, 19 mars 1980, JCP 1980. II. 19409, note R. de Lestang ; Crim. 2 nov. 1961, Bull. crim. n° 438 ; JCP 1961. IV. 169 ; Crim. 21 juin 2000, n° 99-86.871, Bull. crim. n° 239 ; JCP 2000. IV. 241 ; Crim. 22 oct. 2008, n° 08-82.068, D. 2008. 3013 ; AJ pénal 2009. 34, obs. G. Royer.

(9) 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, obs. B. Boulloc.

(10) Crim. 19 mars 2008, n° 07-84.288, Bull. crim. n° 69 ; AJ pénal 2008. 238 ; RSC 2008. 592, obs. C. Mascala ; RTD com. 2008. 878, obs. B. Boulloc ; Crim. 22 oct. 2008, n° 08-82.068, D. 2008. 3013 ; AJ pénal 2009. 34, obs. G. Royer ; Crim. 22 févr. 2017, n° 16-82.039 ; Crim. 27 juin 2018, n° 16-86.256.

(11) J.-M. Sauvé, Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles suffisantes ?, l'ENA hors les murs, sept. 2014, Éthique et vie publique.

(12) Rapp. d'activité 2020, p. 50, évoquant des constatations effectuées dès 2011 par la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique.

(13) *Ibid.*

(14) Ainsi, le Sénat avait adopté le 24 juin 2010 une proposition de loi visant à remplacer la notion « d'intérêt quelconque » par celle « d'intérêt personnel distinct de l'intérêt général ». 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 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 rédaction finale de la loi.

(15) Rapp. à la commission des lois du Sénat de A. Canayer et P. Bonnecarrère, n° 834.

(16) Not. à l'occasion du vote par la collectivité de subventions à des associations (rapp. Sénat n° 834, préc.).

(17) Rapp. à la CMP de A. Canayer et P. Bonnecarrère, n° 83.

■ Genèse de la réforme

L'initiative de la HATVP

Dans son rapport d'activité pour 2020, la HATVP proposait de modifier l'article 432-12 du code pénal¹⁸, d'une part en y précisant la notion d'intérêt prohibé, d'autre part en y ajoutant une disposition dérogatoire permettant aux élus siégeant en tant que représentant de leur collectivité aux organes dirigeants de certains organismes extérieurs, de participer aux décisions de leur collectivité portant sur ces organismes, à l'exception des décisions leur procurant un avantage personnel, visant l'attribution de subventions ou relatives aux marchés publics.

La réforme de la loi du 22 décembre 2021

La première des préconisations de la HATVP a été, à la suite d'un amendement d'origine sénatoriale, reprise par la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, dont l'article 15, I, 1^o a modifié l'article 432-12 du code pénal en remplaçant la notion d'intérêt « quelconque » par celle d'intérêt « de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité »¹⁹.

L'apport incontestable de cette modification a été de préciser et circonscrire l'intérêt prohibé.

Ainsi désormais, pour caractériser ce dernier, le juge pénal devra qualifier l'intérêt pris en considération des nouveaux critères légaux. La seule circonstance qu'il y ait eu interférence entre les fonctions publiques de l'agent et d'autres intérêts ne suffira plus. Pour autant, il n'est pas exclu que les juridictions répressives puissent considérer, dans le cadre du nouveau texte, qu'une telle interférence présume l'existence d'un intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité. La Cour de cassation a déjà effectué une démarche de cette nature pour l'application du délit de favoritisme de l'article 432-14 du code pénal, en consacrant la présomption que toute violation des règles de liberté d'accès et d'égalité des candidats dans la commande publique implique nécessairement l'attribution d'un avantage injustifié au sens du texte d'incrimination²⁰. Il n'est pas inenvisageable que la jurisprudence applique le nouvel article 432-12 en considérant, de la même manière, que l'interférence entre l'intérêt public que représente l'agent dans le cadre de ses fonctions et un autre intérêt, personnel ou autre, induit automatiquement que ce dernier a été de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité.

La nouvelle rédaction n'a pas plus réglé les problèmes liés à l'action des élus représentant leur collectivité au sein d'un organisme extérieur, même de droit public, ce qui soulève une réelle difficulté en matière d'intercommunalité²¹. Ainsi, la réforme du texte d'incrimination a laissé subsister une grande partie des problèmes soulevés par son application jurisprudentielle. Car si des modifications souhaitables ont été apportées, elles ne sont pas décisives pour garantir une sécurité juridique suffisante dans l'application de l'article 432-12, notamment au cas d'élus représentant des collectivités leur collectivité au sein d'organismes extérieurs, situation par nature génératrice d'opposition entre des intérêts distincts. Pour atteindre la sécurité juridique recherchée par les acteurs publics, il fallait un texte instaurant un régime protecteur consistant, sans modifier pour autant l'article 432-12, à garantir contre son application les élus représentant leur collectivité dans une structure publique ou dans une structure privée contrôlée par la collectivité²². Tel est l'objet de l'article 217 de la loi 3DS.

En d'autres termes, la seule « double casquette » de représentant d'une collectivité et de membre des instances d'un organisme auquel elle participe ne suffit plus à caractériser le délit de l'article 432-12.

■ Contenu de la réforme

Le nouvel article L. 1111-6 du code général des collectivités territoriales

Le nouveau texte

Ce texte, issu de l'article 217-1^o de la loi du 21 février 2022, résulte d'un amendement introduit par la commission des lois du Sénat, à l'initiative des rapporteurs, avec pour objet « de clarifier les conditions d'application aux élus locaux qui représentent une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales au sein des organes d'une entreprise publique locale, d'un établissement public local ou de certaines catégories d'associations ou de groupements d'intérêt public prévus par la loi, des règles relatives aux conflits d'intérêts et au délit de prise illégale d'intérêts »²³.

Alarmée de l'analyse de la HATVP selon laquelle la situation des élus locaux qui auraient à prendre une décision relative aux SEM ou SPL au sein desquelles ils représentent leur collectivité est constitutive de conflit d'intérêts au sens de l'article 2 de la loi n^o 2013-907 du 11 octobre 2013 et d'une prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-12 du code pénal²⁴, la commission des lois a, en outre, constaté que ce raisonnement « pourrait aussi bien s'appliquer aux élus qui représentent leur collectivité au sein d'un établissement public (par exemple de coopération intercommunale) » et « qu'une telle interprétation du droit en vigueur aurait des conséquences non seulement excessives, mais injustes »²⁵. En conséquence, elle a « estimé urgent d'apporter aux élus locaux la sécurité juridique indispensable à l'exercice serein de leur mandat »²⁶ en instaurant dans le code général des collectivités territoriales (CGCT), indépendamment de la modification parallèle du délit de prise illégale d'intérêts, alors en cours d'examen, une disposition offrant une garantie aux élus siégeant en qualité de

(18) Rapp. à la CMP de A. Canayer et P. Bonnacarrère, n^o 83, proposition n^o 2, p. 53.

(19) Termes qui reprennent ceux qualifiant le conflit d'intérêts à l'art. 2 de la L. du 11 oct. 2013.

(20) Crim. 10 sept. 2008, n^o 08-80.589 ; Crim. 19 mai 2021, n^o 21-90.006.

(21) Sur ce point, S. Penaud, *Prise illégale d'intérêts et collectivités territoriales : les effets pervers d'une sévérité jurisprudentielle accrue*, AJCT 2019. 225.

(22) Comme les SEM, les SPL ou certains établissements publics locaux, par ex.

(23) Rapport à la commission des lois du Sénat de M. Darnaud et F. Gatel, n^o 723, 30, p. 250.

(24) HATVP, *Guide déontologique II- Contrôle et prévention des conflits d'intérêts*, 2021, p. 28-30 ; cité par le rapp. n^o 723, préc., p. 251.

(25) Rapp. Sénat n^o 723, préc., p. 252. Nous avons signalé les incidences néfastes de la jurisprudence en matière d'intercommunalité (AJCT 2019. 224).

(26) Rapp. Sénat n^o 723, préc., p. 252.

CGCT, art. L. 1111-6

« I.- Les représentants d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales désignés pour participer aux organes décisionnels d'une autre personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé en application de la loi ne sont pas considérés, du seul fait de cette désignation, comme ayant un intérêt, au sens de l'article L. 2131-11 du présent code, de l'article 432-12 du code pénal ou du I de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur une affaire intéressant la personne morale concernée ou lorsque l'organe décisionnel de la personne morale concernée se prononce sur une affaire intéressant la collectivité territoriale ou le groupement représenté.

II.- Toutefois, à l'exception des délibérations portant sur une dépense obligatoire au sens de l'article L. 1612-15 du présent code et sur le vote du budget, les représentants mentionnés au I du présent article ne participent pas aux décisions de la collectivité territoriale ou du groupement attribuant à la personne morale concernée un contrat de la commande publique, une garantie d'emprunt ou une aide revêtant l'une des formes prévues au deuxième alinéa du I de l'article L. 1511-2 et au deuxième alinéa de l'article L. 1511-3, ni aux commissions d'appel d'offres ou à la commission prévue à l'article L. 1411-5 lorsque la personne morale concernée est candidate, ni aux délibérations portant sur leur désignation ou leur rémunération au sein de la personne morale concernée.

III.- Le II du présent article n'est pas applicable :

1° Aux représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent au sein des organes décisionnels d'un autre groupement de collectivités territoriales ;

2° Aux représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent au sein des organes décisionnels des établissements mentionnés aux articles L. 123-4 et L. 123-4-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article L. 212-10 du code de l'éducation. »

représentant de leur collectivité au sein d'un organisme extérieur.

Le texte a fait l'objet de modifications par l'Assemblée nationale, notamment par l'ajout des dispositions du III de l'article, cette rédaction ayant été retenue par la commission mixte paritaire (CMP). C'est ainsi que la loi du 21 février 2022, par son article 217, 1°, rétablit⁽²⁷⁾ dans le code général des collectivités territoriales un article L. 1111-6.

Portée de la réforme

Le principe. Le nouvel article L. 1111-6 peut être analysé comme posant, dans son I, une présomption simple d'absence d'intérêt délictueux à l'affaire, au sens du texte d'incrimination, au bénéfice des représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein de certains organismes extérieurs. Ces représentants ne sont ainsi pas « considérés, du seul fait de leur participation aux instances de cet organisme en qualité de représentant de leur

collectivité, comme étant intéressés à l'affaire, au sens de [...] l'article 432-12 du code pénal »⁽²⁸⁾. En d'autres termes, la seule « double casquette » de représentant d'une collectivité et de membre des instances d'un organisme auquel elle participe ne suffit plus à caractériser le délit de l'article 432-12.

L'expression « du seul fait » indique toutefois que la présomption posée par le texte est réfragable, le représentant pouvant se trouver en situation de conflit d'intérêts au regard de l'article 432-12 du fait d'autres éléments que sa seule participation à ces instances. Tel serait le cas, nous semble-t-il, s'il était établi que cette participation se traduit par la prise d'intérêts personnels, étrangers, voire contraires, à ceux de sa collectivité et/ou de l'organisme. La qualité de représentant ne confère ainsi pas une garantie absolue, la satisfaction d'intérêts étrangers dans le cadre de l'exercice des fonctions de représentant demeurant réprimée par l'article précité. En cela, le texte doit être distingué des dispositions du second alinéa de l'article 432-12, qui prévoit des actes autorisés par dérogation au texte d'incrimination, lesdits actes étant hors champ d'application du délit.

Le bénéfice de la protection du nouvel article L. 1111-6, I est soumis à plusieurs conditions.

En premier lieu, s'agissant des personnes protégées, ne sont concernés que les représentants des collectivités territoriales et groupements de collectivités territoriales. La notion de « représentants » visée par le texte doit s'entendre des personnes mandataires de la collectivité ou du groupement, représentant ceux-ci au sein d'un organisme extérieur. La protection de l'article L. 1111-6, I n'est pas applicable à des élus y siégeant à un autre titre⁽²⁹⁾, ainsi qu'il a été jugé en application de l'article L. 1524-5 du CGCT pour des élus d'une collectivité actionnaire siégeant à titre personnel au conseil d'administration d'une société d'économie mixte locale (SEML)⁽³⁰⁾.

En deuxième lieu, pour ce qui concerne les organismes au sein desquels est exercé le mandat des représentants, il doit, tout d'abord, s'agir d'une personne morale⁽³¹⁾, qu'elle soit de droit public ou de droit privé. Ensuite et surtout, la loi doit prévoir la participation et la représentation de la collectivité ou du groupement de collectivités au sein des organes décisionnels de cette personne morale. Cette disposition semble pouvoir être interprétée comme exigeant que la participation et la représentation de la collectivité ou du groupement au sein de la personne morale extérieure soient prévues par un texte de valeur législative.

(27) Pour reprendre le terme de l'art. 217 1° de la loi, l'art. L. 1111-6 du CGCT avait été antérieurement abrogé par l'art. 2 de l'ord. n° 2009-1530 du 10 déc. 2009. Dans sa rédaction originale, il prévoyait l'instauration d'un code des prescriptions et procédures techniques particulières applicables aux collectivités territoriales notamment en matière d'hygiène, de sécurité, d'affaires culturelles, d'urbanisme, de construction publique, de lutte contre les pollutions et nuisances et de protection de la nature.

(28) La présomption posée par le texte s'applique également aux art. L. 2131-11 du CGCT (selon lequel sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs conseillers municipaux intéressés à l'affaire qui en fait l'objet) et 2, I de la L. n° 2013-907 du 11 oct. 2013 (qui définit la notion de conflit d'intérêts).

(29) Par ex., à titre personnel ou en qualité de représentant d'un membre autre qu'une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales.

(30) Pour l'appréciation de la qualité d'entrepreneur de services municipaux, CE, 26 juill. 1996, n° 173593, Lebon T. 899 ; LPA 20 juin 1997, note R. Piastra ; DA 1996, n° 530 ; ACL 1997. 1 ; CE 16 oct. 1996, n° 173364 ; CE, 13 mai 1996, n° 172245, Lebon T. 899 ; LPA 31 juill. 1996, concl. C. Maugüé ; DA 1996, n° 428, note CM ; ACL 1997. 1.

(31) Ce qui exclut les organismes dépourvus de personnalité juridique, tels que, notamment, les régies dotées de la seule autonomie financière ou les associations non déclarées.

Une telle analyse est peut-être trop radicale. En effet, tout d'abord, sont expressément concernés par la protection du I de l'article L. 1111-6, selon les termes de son III, 2^o³², les centres communaux et intercommunaux d'action sociale (CCAS et CIAS)³³ et les caisses des écoles³⁴. Or, si, s'agissant des premiers, c'est la loi qui prévoit leur création par une commune ou un établissement public de coopération intercommunale (EPCI)³⁵ et organise leur représentation au sein des instances des centres³⁶, pour ce qui concerne les secondes, si leur institution par les communes résulte d'une disposition législative³⁷, ce sont des dispositions réglementaires qui prévoient la présence d'élus municipaux au sein de leurs organes³⁸. Entrent également dans le champ de la protection du I de l'article L. 1111-6, du fait de leur évocation par le III, 1^o³⁹, les organismes de coopération intercommunale, et notamment les EPCI, dont l'institution et la représentation des collectivités membres sont prévues par la loi⁴⁰. Par ailleurs, les travaux parlementaires⁴¹ indiquent que sont également concernées les maisons de l'emploi et les missions locales sous forme associative ou de groupement d'intérêt public (GIP). Or s'il est prévu, pour les premières, par l'article L. 5314-1 du code du travail, que des collectivités territoriales peuvent participer à leur constitution, leur représentation n'est pas précisée, pas même par les dispositions réglementaires. S'agissant des secondes, l'article L. 5313-2 du même code dispose qu'elles comprennent obligatoirement au moins une collectivité territoriale ou un EPCI et si l'article R. 5313-8 indique que ces derniers sont représentés au sein du conseil d'administration quand la mission revêt la forme d'un GIP, le code ne prévoit rien à cet égard en cas de forme associative⁴². Ces indications peuvent laisser à penser que, dans l'esprit du législateur, le nouvel article L. 1111-6, I s'applique dès lors que la loi a prévu la participation d'une collectivité ou d'un groupement à une personne morale, même si elle n'a pas elle-même organisé sa représentation au sein de ses instances, comme c'est par exemple le cas pour les caisses des écoles, les maisons de l'emploi et les missions locales.

Il faudrait toutefois que la participation à la personne morale résulte d'un texte législatif⁴³, ce qui exclurait les participations volontaires non prévues par la loi, notamment l'adhésion à des associations de droit commun, mais également les groupements d'intérêt économique (GIE), dont les textes fondateurs n'évoquent pas même la participation de personnes publiques, même si la validité en a été reconnue.

Serait en revanche, selon nous, concernée la participation à des GIP, dans la mesure où les textes prévoient la participation et organisent la représentation des personnes publiques en leur sein⁴⁴. En tout état de cause, on ne peut que déplorer le manque de clarté du texte sur ce point.

En troisième lieu, la protection de l'article L. 1111-6, I concerne des actes déterminés, à savoir « lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur une affaire intéressant la personne morale concernée ou lorsque l'organe décisionnel de la personne morale concernée se prononce sur une affaire intéressant la collectivité territoriale ou le groupement représenté ». On constate que la disposition vise, fort opportunément, les deux cas de figure. D'une part, des décisions de la collectivité ou du groupement concernant la personne morale au sein de laquelle elle est représentée, mais aussi, d'autre part, des décisions de cette dernière relatives à ses relations avec la collectivité ou le groupement, à savoir, donc, leurs relations aussi bien ascendantes que descendantes.

S'agissant de la nature des décisions concernées, on peut relever qu'il s'agit de décisions collectives⁴⁵. Ne seraient donc pas concernés des actes individuels, tels qu'arrêtés ou signatures de contrats par l'exécutif.

L'objet des décisions doit être entendu de manière compréhensive.

puisqu'est visée, très largement, « une affaire intéressant » la collectivité ou le groupement représenté ou la personne morale concernée, à savoir toute décision les concernant, directement ou indirectement. Le degré de participation du représentant à ces décisions appelle quelques commentaires. On peut considérer, à la lumière des travaux parlementaires⁴⁶, que sont concernés non seulement le vote

mais également la participation aux débats⁴⁷. La solution est moins claire s'agissant de la participation aux rapports, études et travaux préparatoires à la discussion des décisions. Selon la jurisprudence, la surveillance de l'affaire au sens de l'article 432-12 du code pénal s'entend en effet de simples pouvoirs de préparation ou de proposition de décisions prises

par d'autres⁴⁸ ou de présentation de rapports ou d'avis en vue de la prise de telles décisions⁴⁹. En l'espèce, devant la commission des lois de l'Assemblée nationale a été retiré un amendement visant à étendre « l'obligation de déport ... aux travaux préparatoires car ils participent à la compréhension du sujet et peuvent avoir une incidence sur les délibérations »⁵⁰. Il y a été objecté par la rapporteure que « si votre amendement vise les délibérations antérieures

On peut déduire de ces travaux que les dispositions de l'article L. 1111-6, I s'appliquent également aux travaux, rapports et études préparatoires aux délibérations.

(32) Qui prévoit une dérogation aux exceptions au I prévues par le II et vise « les établissements mentionnés aux articles L. 123-4 et L. 123-4-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article L. 212-10 du code de l'éducation ».

(33) Prévu respectivement par les art. L. 123-4 et L. 123-4-1 du CASF.

(34) Prévu par l'art. L. 212-10 C. éduc. et qui ont la nature d'établissements publics communaux ou intercommunaux.

(35) CASF, art. L. 123-4 et L. 123-4-1, préc.

(36) *Ibid.*, art. L. 123-6.

(37) C. éduc., art. L. 212-10.

(38) *Ibid.* C. éduc., art. R. 212-26 s.

(39) Qui concerne les « représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent au sein des organes décisionnels d'un autre groupement de collectivités territoriales ».

(40) CGCT, art. L. 5211-6 pour les EPCI.

(41) Rapp. n° 723, préc., p. 253, qui indique que le régime protecteur bénéficie aux élus représentant leur collectivité ou leur groupement au sein des instances des maisons de l'emploi et des missions locales.

(42) En fait, la représentation des collectivités membres fondateurs de la mission est imposée, pour que l'organisme puisse bénéficier de l'aide de l'État, par le cahier des charges établi par arrêté ministériel prévu à l'art. R. 5313-4.

(43) Littéralement, la protection de l'art. L. 1111-5-1 n'aurait pas vocation à s'appliquer si la participation est prévue par un texte de valeur non législative (par ex. réglementaire).

(44) L. n° 2011-525 du 17 mai 2011, art. 98 et 103.

(45) Comme l'indiquent les termes « lorsque la collectivité ou le groupement délibère » et « lorsque l'organe décisionnel de la personne morale concernée se prononce ».

(46) Par référence aux échanges relatifs aux actes demeurant prohibés par le II de l'art. L. 1111-6 (Rapp. Assemblée nationale n° 4721, préc., cf. *infra*).

(47) La commission des lois de l'Assemblée nationale a rejeté un amendement proposant « le déport pour le seul vote, permettant la participation aux délibérations » au motif que « une telle participation peut conduire à exercer une certaine influence sur le vote » (E. Jacquier-Laforge, Rapporteur, rapport AN n° 4721, préc.).

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

(49) Crim., 19 nov. 2003, n° 02-87.336, D. 2004. 2753, obs. G. Roujou de Boubée ; Dr. pénal 2004, comm. 32, M. Véron ; JCP 2004. I. 157, chron. A. Maron, J.-H. Robert et M. Véron.

(50) I.-M. Mic Rapp. n° 4721, préc.

aux votes, il est satisfait. Si, en revanche il vise l'exclusion de tous les travaux concernant la SEM, je crains que cela ne soit trop large. Je rappelle que les élus qui siègent dans les organes extérieurs peuvent présenter à leurs collègues un rapport d'activité. La HATVP reconnaît d'ailleurs la pertinence de cette information »⁽⁵¹⁾. On peut déduire de ces travaux que les dispositions de l'article L. 1111-6, I s'appliquent également aux travaux, rapports et études préparatoires aux délibérations⁽⁵²⁾. Lorsque les conditions ci-dessus exposées sont satisfaites, le représentant est protégé et peut valablement participer aux décisions intéressant sa collectivité mandante au sein de la personne morale, et réciproquement.

Les exceptions. Le II de l'article L. 1111-6 prévoit une série d'exceptions à la protection instituée par

Si le dévoiement de l'exercice de fonctions publiques au bénéfice d'intérêts particuliers demeure réprimé, le nouveau texte devrait permettre de mettre fin aux rigueurs excessives de la jurisprudence qui fragilisaient la situation des représentants des collectivités au sein d'organismes extérieurs.

le I en disposant que les représentants « ne participent pas » à certaines décisions de leur collectivité ou groupement concernant la personne morale au sein de laquelle ils la représentent.

Est ainsi, en premier lieu, prohibée leur participation aux décisions : attribuant à la personne morale un contrat de la commande publique, une garantie d'emprunt ou une aide revêtant une des formes prévues au deuxième alinéa du I de l'article L. 1511-2 du CGCT⁽⁵³⁾ et au deuxième alinéa de l'article L. 1511-3 du même code⁽⁵⁴⁾ ; portant sur leur désignation ou leur rémunération au sein de la personne morale concernée. Dans l'ensemble de ces situations, le représentant doit se déporter⁽⁵⁵⁾, non seulement du vote des décisions mais aussi des débats⁽⁵⁶⁾. Ce déport ne semble en revanche, d'après les travaux parlementaires, pas concerner les rapports, études ou travaux préparatoires aux délibérations⁽⁵⁷⁾.

En second lieu, les représentants ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions de délégation de service public lorsque la personne morale concernée est candidate⁽⁵⁸⁾. La généralité de la rédaction laisse entendre que c'est la participation à l'ensemble des travaux et non seulement à la décision finale qui leur est interdite.

Il est à noter que ces exceptions ne sont prévues que pour les décisions intervenant au sein des collectivités ou groupements représentés à l'exclusion de celles des instances de la personne morale⁽⁵⁹⁾.

Aux termes de l'alinéa 1^{er} du II, les exceptions prévues par ce dernier ne s'appliquent pas aux délibérations relatives aux dépenses obligatoires et au vote du budget⁽⁶⁰⁾.

Dans l'ensemble des cas où le II interdit la participation du représentant, celui-ci n'est plus protégé par la présomption de non-intérêt à l'affaire posée par le I et doit se déporter en s'abstenant de siéger⁽⁶¹⁾ ou de participer aux délibérations, par vote ou présence aux débats⁽⁶²⁾.

À défaut, le délit de l'article 432-12 pourrait donc être constitué⁽⁶³⁾.

Les dérogations aux exceptions. Le 1^o du III de l'article L. 1111-6 énonce une série de dérogations aux exceptions au principe posé par le I instituées par le II. Ainsi ces exceptions⁽⁶⁴⁾ ne sont pas applicables aux représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent au sein des organes décisionnels : d'un autre groupement de collectivités territoriales – cette disposition instaure une réelle garantie des représentants dans le cadre de l'intercommunalité, qui était mise en péril par la sévérité et le caractère extensif de la jurisprudence pénale – ; des caisses centrales d'activités sociales (CCAS), des centres intercommunaux d'action sociale (CIAS) et des caisses des écoles – on peut s'interroger sur le choix de ces seuls établissements publics, alors que d'autres cas ont été ignorés. Les représentants des collectivités ou de leurs groupements au sein des organismes visés par ces dérogations sont entièrement soumis au seul régime de la protection du I.

La modification des articles L.1524- 5 et L. 2131- 2 du code général des collectivités territoriales

Les 2^o et 3^o de l'article 217 de la loi du 21 février 2022 comportent des mesures de mise en cohérence et d'accompagnement des dispositions de l'article L. 1111-6, modifiant d'autres textes du code général des collectivités territoriales.

Mise en cohérence : modification de l'article L. 1524-5 du CGCT. Les alinéas 11 et 12 de ce texte, relatif à l'administration des SEML, également applicable aux SPL⁽⁶⁵⁾, harmonisent leur régime

(51) E. Jacquier-Laforge, Rapp. n° 4721, préc.

(52) Dans la mesure où les travaux parlementaires les excluent des participations demeurant prohibées par le II de l'art. L. 1111-6 par exception au I.

(53) À savoir, prestations de services, subventions, bonifications d'intérêts, prêts et avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que celles du marché.

(54) C'est-à-dire subventions, rabais sur prix de vente, location ou location-vente de terrains nus ou aménagés ou de bâtiments neufs ou rénovés, prêts, avances remboursables ou crédit-bail à des conditions plus favorables que celles du marché.

(55) Le déport résulte clairement des travaux parlementaires et notamment du rapp. de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 4721, préc.

(56) *Idem*. Sur ce point, *supra*.

(57) Rapp. Assemblée nationale n° 4721, préc.

(58) Cette disposition s'inspire de celle introduite pour les SEML à l'art. L. 1524-5, al. 12, du CGCT par la L. n° 2002-01 du 2 janv. 2002.

(59) Cette absence de réciprocité s'explique par le fait que la personne morale concernée peut être de droit privé, ne relevant donc pas du régime des contrats de la commande publique ou des aides économiques des collectivités territoriales.

(60) S'agissant du vote du budget, l'exception s'imposait en matière d'intercommunalité dans la mesure où les délégués des communes ou groupements membres d'un organisme de coopération ont nécessairement des intérêts divergents en leur double qualité de représentant de leur collectivité et membre des instances de l'organisme. Les obliger à se déporter aurait abouti à paralyser le vote.

(61) Aux commissions d'appel d'offres et d'attribution de délégation de service public.

(62) L'obligation de déport n'est pas inscrite dans le texte mais résulte très clairement des travaux parlementaires, notamment devant la commission des lois de l'Assemblée nationale (rapp. n° 4721, préc.). Le déport devrait logiquement s'organiser selon les modalités prévues par l'art. 2, I de la L. n° 2013-907 du 11 oct. 2013.

(63) De la même manière qu'est sanctionné le non-respect de la procédure relative aux actes autorisés par dérogation prévue par les al. 2 et s. de l'art 432-12 (par ex., Crim. 4 juin 1996, Bull. crim. 708 ; D. 1996. IR 199 ; Dr. pénal 1996, comm. 262, M. Véron ; JCP 1996. IV. 2256 ; *ibid.* 1997. I. 3998, chron. M. Véron ; Crim. 29 juin 2005, Bull. crim. n° 198 ; Dr. pénal 2005, comm. 150, M. Véron ; JCP A 2005. 1347, note M. Véron).

(64) Qui concernent, rappelons-le, l'interdiction pour le représentant de participer à certaines décisions ou instances (*supra*). C'est le cas, par ex., de la représentation au sein du conseil de surveillance des établissements de santé (CSP, art. L. 123-4 et L. 123-4-1) ou des établissements publics sociaux ou médico-sociaux (CASF, art. L. 315-10 et R. 315-6 s.). Sur ce point, J.-F. Kerléo, Réformes de la prise illégale d'intérêts : l'alignement du droit pénal sur le droit administratif, JCP A 2022. 2058.

(65) Par envoi de l'art L. 1531-1, *in fine*, du CGCT.

de gouvernance, qui comportait déjà des dérogations à l'application de certaines règles relatives aux conflits d'intérêts⁶⁶, avec les nouvelles dispositions de l'article L. 1111-6, I et II. L'ensemble des dispositions de cet article s'appliquent aux représentants au sein des SEML.

Il est à noter que la présomption d'absence d'intérêt illicite s'applique lorsque l'intéressé participe à des décisions au sein de la collectivité ou du groupement qu'il représente ou au sein de la société. Dans ce dernier cas, l'application des dispositions du code de commerce relatives aux conventions réglementées entre une société anonyme⁶⁷ et un de ses administrateurs est également écartée⁶⁸.

Mesures d'accompagnement : modification de l'article L. 2131-11 du CGCT. La rédaction de ce dernier, en application de l'article 217-3° de la loi 3DS, précise désormais qu'« en application du II de l'article L. 1111-6, les représentants des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales mentionnés au I du même article L. 1111-6 ne sont pas comptabilisés, pour le calcul du *quorum*, parmi les membres en exercice du conseil municipal ». Il s'agit d'éviter que l'application de l'obligation de départ des représentants en application du II de l'article L. 1111-6 n'entraîne des difficultés de *quorum* au sein de l'assemblée délibérante ou des commissions de la collectivité. Ce risque avait été signalé lors des travaux parlementaires⁶⁹.

* * *

En conclusion, la rédaction de l'article L. 1111-6 du code général des collectivités territoriales issue de la loi du 21 février 2022, à la suite de la précision de la notion d'intérêt prohibé par la loi du 24 décembre 2021, semble devoir, enfin, sécuriser l'application du délit de prise illégale d'intérêts tout en maintenant ses objectifs essentiels. En effet, si le dévoiement de l'exercice de fonctions publiques au bénéfice d'intérêts particuliers demeure réprimé, le nouveau texte devrait permettre de mettre fin aux rigueurs excessives de la jurisprudence qui fragilisaient la situation des représentants des collectivités au sein d'organismes extérieurs, notamment dans le cadre de l'intercommunalité. La protection apportée par le nouveau texte n'est toutefois pas absolue et la prudence demeure donc de mise.

(66) Relatives à l'interdiction aux élus de participer aux délibérations lorsqu'ils sont intéressés à l'affaire qui en fait l'objet (CGCT, art. L. 2131-11).

(67) Forme juridique des SEML en application de l'art. L. 1522-1, 1° du CGCT.

(68) Art. L. 225-40 pour les sociétés à conseil d'administration et L. 225-88 pour les sociétés à directoire et conseil de surveillance.

(69) M. J.-F. Acquaviva, Rapp. Assemblée nationale n° 4721, préc.