

SCP KRUST-PENAUD

K 120

TOUR CIT 3, RUE DE L'ARRIVÉE 75749 PARIS CEDEX 15
FAX : 01 43 20 06 39 / <http://avocats-krust-penaud.com>

PRISE ILLEGALE D'INTERETS : UNE REFORME ENFIN MAIS POUR QUELS CHANGEMENTS ?

*Delphine Krust

dkrust.avocats@wanadoo.fr

Tél.: 01 43 20 06 84

*Stéphane Penaud

spenaud.avocats@wanadoo.fr

Tél.: 01 43 20 06 82

Sommaire :

Reprenant la proposition faite par la HATPV dans son rapport de l'année 2020, la loi dite confiance en l'institution judiciaire du 22 décembre 2021 modifie la définition du délit de prise illégale d'intérêt 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* ».

Elle crée également un délit spécifique aux magistrats et personnes exerçant des fonctions juridictionnelles.

Commentaire :

Le délit de prise illégale d'intérêts prévu et réprimé par l'article 432-12 du code pénal, conçu dès l'origine comme un *délit-obstacle*, visant 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, a fait l'objet, ces dernières décennies, d'une évolution de la jurisprudence dans le sens d'une sévérité encore accrue¹.

¹ Sur cette question, voir notre article *Prise illégale d'intérêts : les effets pervers d'une sévérité jurisprudentielle accrue*, AJCT mai 2019.

Cette situation avait alarmé tant la doctrine² que les acteurs publics, tous appelant de leurs vœux une réforme législative pour assouplir le cadre de l'article 432-12.

Après plusieurs tentatives avortées, une réforme du texte d'incrimination est enfin intervenue dans le cadre de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire³.

Si la modification apportée relève incontestablement d'une volonté de préciser le cadre de l'infraction et de remédier à l'automatisme de son application par le Juge, il n'est pas assuré qu'elle puisse effectivement mettre un terme à la sévérité actuelle de l'application du texte.

I - UNE NOUVELLE REDACTION DANS LE SENS DE LA CLARIFICATION ET DE L'ASSOULISSEMENT ...

1.

Dans son ancienne rédaction, l'article 432-12 définissait ainsi le délit de prise illégale d'intérêts :

*« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de **prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque** dans une entreprise ou dans 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 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. »*

Cette définition déjà large de l'intérêt prohibé⁴ faisait en outre l'objet d'une appréciation extensive par la jurisprudence.

Celle-ci sanctionnait l'intérêt non seulement patrimonial, mais aussi moral (familial⁵, professionnel⁶, amical⁷ ...).

² Notamment Jean Benoît, Encycl. Dalloz collectivités locales, *Statut général des élus : responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêts*, n° 79, qui se fait l'écho des critiques de la doctrine pénaliste du dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation.

³ Loi 2021-1729 du 22 décembre 2021 (article 15).

⁴ Par l'emploi du terme « *quelconque* ».

⁵ Cass. crim. 21 juin 2000, n° 99-86871 ; Bull. crim. n° 239 ; JCP2000, IV, 241 – 3 mai 2001, n° 00-82880 ; Bull. crim. n° 106 ; JCP 2001, IV, 2216 ; D. 2001, IR, 2876 ; Dr. pénal 2001, comm. 99, M. Véron ; RSC 2002, 111, chron. J-P Delmas Saint-Hilaire – 15 décembre 2004, n° 03-87927 – 9 février 2005, n° 03-85697 ; Bull. crim. n° 48 ; AJDA 2005, 854 ; Dr. pénal 2005, comm. 114, M. Véron ; RSC 2005, 560, chron. J-P Delmas Saint-Hilaire.

⁶ Cass. crim. 29 juin 2011, n° 10-87498 ; Bull. crim. n° 153 ; AJDA 2011, 2015, note R. Méssa ; JCP Adm. 2012, n° 2001, chron. D. Seban et M. Hénon ; Gaz. Pal. 2011, 2, 222, note J. Lasserre-Capdeville et 3444, note E. Dreyer.

⁷ Cass. crim. 30 juin 2010, n° 09-84040 – 13 mars 2018, n° 17-86548 – 5 avril 2018, n° 17-81912.

Elle considérait également que l'intérêt illicite n'impliquait pas la réalisation d'un profit par l'auteur⁸ mais se consommait « *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.

2.

Il résultait de cette position jurisprudentielle, comme le constatait la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP)¹¹ que « *ce délit se caractérise par son champ d'application potentiellement très large* » et « *sa portée extensive, notamment au regard de la notion centrale d'intérêt quelconque.* »

La Haute Autorité relevait à cet égard que « *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 « à titre » au sein d'un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC), de sociétés d'économie mixte (SEM) ou de sociétés publiques locales (SPL).* »¹²

Aussi proposait-elle d'apporter les modifications suivantes au texte¹³ :

« Préciser (...) qu'est sanctionnée non plus la prise d'un « intérêt quelconque », mais la prise d'un intérêt « de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité » de la personne.

Prévoir, par l'ajout d'un alinéa, une dérogation aux dispositions de l'article 432-12 du code pénal, pour que l'élu siégeant, en tant que représentant de sa collectivité, aux organes dirigeants d'un établissement public à caractère industriel et commercial, d'une société d'économie mixte ou d'une société publique locale, puisse participer aux décisions de sa collectivité portant sur cet organisme, à l'exception des décisions lui procurant un avantage personnel, direct ou indirect, des décisions visant l'attribution de subventions et des décisions relatives aux marchés publics, en cohérence avec l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales. »

⁸ Cass. crim. 15 décembre 1905, Bull. crim. 554 ; D. 1907, 1, 195, rapport Mercier ; S. 1909, 1, 109 – Trib. Corr. Poitiers 19 mars 1980, JCP 1980, II, 19409, note R. de Lestang – Cass. crim. 2 novembre 1961, Bull. crim. n° 438 ; JCP 1961, IV, 169 – 21 juin 2000, Bull. crim. n° 239 ; JCP 2000, IV, 241 – 22 octobre 20008, n°08-82068.

⁹ Cass. crim. 21 juin 2000, n° 99-86871, précité ; 14 juin 2000, n° 99-84054.

¹⁰ Cass. crim. 19 mars 2008, n° 07-84288 ; Bull. crim. n° 69 ; RSC 2008, 592, obs. C. Mascala – 22 octobre 2008, n° 08-82068 – 22 février 2017, n° 16-820039 – 27 juin 2018, n° 16-86256.

¹¹ Rapport 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.

¹² Ibid.

¹³ Proposition n° 2, Rapport d'activité précité, p. 53.

3.

Ce constat et ces préoccupations ont trouvé un écho chez les parlementaires, comme il ressort des travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 2021.

Ainsi, il est relevé dans le rapport de la Commission des lois du Sénat¹⁴ sur ce texte que :

« La jurisprudence a évolué, au fil du temps, vers une conception de plus en plus formelle de la définition du délit de prise illégale d'intérêts, éloignée de l'esprit de la loi. Le simple fait pour un élu d'assister à une réunion du conseil municipal dans laquelle est décidée l'attribution d'une subvention à une association dans laquelle il est impliqué peut lui valoir une condamnation. (...) Le fait que l'élu n'ait retiré aucun bénéfice personnel de l'opération et que l'association serve un intérêt public qui n'est pas en contradiction avec l'intérêt communal est indifférent au regard de la qualification de l'infraction.

La notion d'intérêt est également interprétée de manière extensive puisqu'elle s'étend à l'intérêt moral ou affectif, un lien simplement amical entre l'élu et le bénéficiaire de la subvention ou du projet suffisant à caractériser l'infraction.

Ces mises en cause risquent de décourager des élus locaux qui consacrent beaucoup de temps et d'énergie à leur collectivité et à des activités associatives. »

Dans le même sens, le rapport de la Commission mixte paritaire (CMP)¹⁵ note que *« les exemples abondent d'élus locaux incriminés alors que leur comportement ne constitue en rien une atteinte à la probité et relève d'un simple défaut de procédure. »*

4.

C'est dans ces conditions que, suite à un amendement d'origine sénatoriale, reprenant une partie des propositions de la HATVP, l'article 432-12 du code pénal a ainsi été modifié par l'article 15-1° de la loi du 22 décembre 2021 :

« Au premier alinéa de l'article 432-12, le mot : « quelconque » est remplacé par les mots : « de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité. »

L'objectif revendiqué de cette modification est de remédier à la situation résultant de la jurisprudence actuelle *« afin de bien distinguer ce qui relève de la probité de ce qui n'en relève pas. »*¹⁶

¹⁴ Rapport de Mme Agnès Canayer et M. Philippe Bonnecarrère, n° 834.

¹⁵ Rapport de Mme Agnès Canayer et M. Philippe Bonnecarrère, n° 83.

¹⁶ Rapport CMP, précité.

En d'autres termes, selon le rapport de la Commission des lois du Sénat¹⁷ :

« La modification reprend une proposition formulée par la HATVP dans son dernier rapport d'activité et par la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, qui a rendu son rapport en 2011. La définition de l'infraction mérite en effet d'être précisée afin d'éviter que des élus ou des fonctionnaires soient poursuivis alors qu'il n'y a pas de véritable manquement à la probité. Pour ce faire, l'intérêt pris dans une entreprise ou dans une opération devrait être de nature à compromettre leur impartialité, leur indépendance ou leur objectivité et donc à nuire à l'exercice de leurs responsabilités publiques.

(...)

Par la modification proposée, un meilleur équilibre serait donc assuré entre la lutte indispensable contre tous les manquements à la probité et la sécurisation de l'activité des responsables publics. Elle n'empêcherait pas de sanctionner les responsables publics qui abusent de leurs fonctions pour en retirer un avantage personnel ou qui font primer un intérêt privé sur l'intérêt public dont ils ont la charge. »

II - ... AUX EFFETS INCERTAINS

1.

L'apport incontestable de la loi du 22 décembre 2021 est de substituer, dans la détermination de l'intérêt prohibé, à la très large notion d'intérêt « *quelconque* », la définition plus précise d'intérêt « *de nature à compromettre (l') impartialité, (l') indépendance ou (l') objectivité* ».

Ainsi désormais, le Juge pénal devra, pour caractériser le délit de prise illégale d'intérêts, établir que l'auteur a pris un intérêt de cette nature, qu'il devra donc qualifier. La seule circonstance qu'il y ait eu interférence entre les fonctions publiques de l'agent et ses intérêts privés ne suffira plus.

2.

Pour autant, il n'est pas exclu que le Juge pénal puisse 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.

¹⁷ Rapport de Mme Agnès Canayer et M. Philippe Bonnecarrère, précité.

La Cour de cassation a déjà effectué une démarche de cette nature pour l'application du délit de favoritisme.

Ce dernier est défini par l'article 432-14 du code pénal comme le fait « *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* ».

L'octroi d'un avantage injustifié en est donc un élément constitutif dont l'existence doit être établie par le Juge.

Or la Cour de cassation l'affranchit en fait de cette caractérisation 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 injustifié¹⁸.

En d'autres termes, ainsi que l'a récemment exprimé la Haute Juridiction, « *l'avantage injustifié s'induit nécessairement de la violation de la norme légale ou réglementaire gouvernant la commande publique.* »¹⁹

Il n'est pas inenvisageable que la jurisprudence applique le nouvel article 432-12 en considérant, de la même manière, que l'interférence entre les intérêts privés d'un agent et l'intérêt public qu'il représente dans le cadre de ses fonctions publiques implique nécessairement que l'intérêt privé en question a été de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité.

3.

La nouvelle rédaction ne règle pas plus 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'intercommunalité.

Rappelons à cet égard que la jurisprudence actuelle peut amener à « *envisager 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* »²⁰

Il n'est pas abusif de conjecturer qu'il pourrait être jugé que l'opposition entre les intérêts d'une part de la collectivité qu'il représente, d'autre part de l'organisme au sein duquel il représente cette dernière est de nature à porter atteinte à l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité de l' élu concerné.

Le risque en la matière est d'autant plus prégnant que la modification apportée par la loi nouvelle n'est pas de nature à remettre en question la jurisprudence constante selon

¹⁸ Cass. crim. 10 septembre 2008, n° 08-80.589.

¹⁹ Cass. crim. 19 mai 2021, n° 00759.

²⁰ Jean Benoît, précité, n° 79.

laquelle la constitution de l'infraction n'implique pas que les auteurs en aient retiré un bénéfice²¹.

4.

En conclusion, si la loi du 22 décembre 2021 apporte des modifications souhaitables, ces dernières ne sont pas décisives pour garantir une sécurité juridique suffisante dans l'application de l'article 432-12, notamment au cas d'élus représentant ès qualité leur collectivité au sein d'organismes extérieurs, situation par nature génératrice d'oppositions entre des intérêts distincts.

Selon nous la sécurité recherchée ne pourra être atteinte que par un texte instaurant un régime dérogatoire consistant, sans modifier l'article 432-12, à en écarter l'application aux élus représentants leur collectivité dans une structure publique de coopération intercommunale, voire dans une structure privée contrôlée par la collectivité²².

Le deuxième volet de la proposition de la HATVP²³ va dans ce sens.

L'idée a été reprise dans le cadre des travaux parlementaires relatifs au projet de loi 3DS²⁴ dont l'article 73 ter, dans sa rédaction adoptée en Commission par l'Assemblée Nationale²⁵, prévoit, par un nouvel article L. 1111-5-1 du CGCT, que :

« Lorsque la loi prévoit qu'une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales participe aux organes d'une personne morale de droit public ou de droit privé, ses représentants ne sont pas considérés, de ce seul fait, comme étant intéressés à l'affaire, 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 ses relations avec la personne morale concernée, y compris le vote du budget ou du groupement.

Toutefois, ces représentants ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions de délégation de service public lorsque la personne morale est candidate, non plus qu'aux délibérations de la collectivité ou du groupement attribuant à la personne morale une garantie d'emprunt ou une aide qui revêt 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

²¹ Cass. crim. 22 octobre 2008, n° 08-82068 ; Bull. crim. n° 212 ; AJDA 2008, 2144 ; D. 2008, 3013 ; BJCL 2009, 203, obs. L. Jannicot ; Dr. penal 2009, comm. 3, M. Véron et chron. 9, F. Linditch ; AJ pénal 2009, 34, obs. G. Royer.

²² Comme les associations « administratives » les SEML ou les SPL par exemple.

²³ Cf. supra.

²⁴ Projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.,

²⁵ Texte adopté en Commission, AN n° 4721, 25 novembre 2021.

du présent code. Ils ne peuvent participer aux délibérations portant sur leur désignation ou leur rémunération au sein de cette personne morale.

Cette seule qualité emporte les mêmes conséquences lorsque le représentant participe aux décisions de cette personne morale portant sur ses relations avec la collectivité ou le groupement qu'il représente.»

Une telle disposition nous semble être beaucoup plus efficace que la réforme de l'article 432-12, dans la mesure où elle ne permet aucune interprétation par le Juge, comme ce sera, au contraire, le cas pour l'appréciation de l'intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité.²⁶

III - CREATION D'UN DELIT SPECIFIQUE AUX MAGISTRATS ET PERSONNES EXERÇANT DES FONCTIONS JURIDICTIONNELLES

L'article 15-2° de la loi du 22 décembre 2021 crée un nouvel article 432-12-1 du code pénal, ainsi rédigé :

« Constitue une prise illégale d'intérêts punie des peines prévues à l'article 432-12 le fait, par un magistrat ou toute personne exerçant des fonctions juridictionnelles, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, dans une entreprise ou dans une opération à l'égard de laquelle elle a la charge de prendre une décision judiciaire ou juridictionnelle, un intérêt de nature à influencer, au moment de sa décision, l'exercice indépendant, impartial et objectif de sa fonction. »

Cet ajout spécifique ne s'imposait pas nécessairement, selon nous, dans la mesure où les personnes visées par le nouveau texte entraînent déjà dans le champ d'application de l'article 432-12.

Ainsi, la circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces²⁷ indique à cet égard que « l'expression « personne dépositaire de l'autorité publique » désigne les personnes qui exercent une fonction d'autorité, que cette autorité soit de nature administrative, juridictionnelle ou militaire : le statut de la personne, qu'il soit privé (par exemple un juré ou un assesseur non professionnel du tribunal pour enfants) ou qu'il soit public (ainsi un magistrat professionnel) est indifférent. »

Dans le même sens, un Président de Tribunal de grande instance a pu être condamné pour prise illégale d'intérêts en sa qualité de personne investie par délégation de

²⁶ Nous ne pouvons que saluer cette disposition du projet de loi qui apporte la modification que nous appelions de nos vœux dans l'article précité à l'AJCT.

²⁷ *Commentaire des dispositions législatives du code pénal*, 14 mai 1993, cité par Jean Benoît, précité, n° 16.

l'autorité publique d'un pouvoir juridictionnel et (...) chargé de surveiller l'exécution des missions qu'il confiait à des mandataires et de liquider leur rémunération. »²⁸

Nonobstant, le Législateur a entendu créer une incrimination spécifique, semblant considérer que les magistrats n'étaient pas soumis à l'article 432-12²⁹.

Parallèlement, afin « d'éviter des poursuites dilatoires »³⁰ la loi renvoie, pour l'exercice de l'action publique dans le cadre de la poursuite d'une prise illégale d'intérêts commise par un magistrat, à la procédure particulière prévue par l'article 6-1 du code de procédure pénale, qu'elle modifie pour l'occasion.

Rappel pratique :

La nouvelle rédaction du délit de prise illégale d'intérêts, en précisant la nature des intérêts caractérisant l'existence du délit, ne nous semble pourtant pas mettre fin à son caractère couperet dès lors que le Juge pénal pourrait considérer que toute interférence serait de nature à faire présumer un tel intérêt.

En outre, elle ne résout pas les problèmes liés à l'action des élus représentant leur collectivité au sein d'un organisme extérieur, auquel le projet de loi 3DS en cours de discussion au Sénat s'attèle à remédier.

**Stéphane Penaud
Avocat à la cour
SCP Krust-Penaud**

²⁸ Cass. crim. 11 octobre 2006, n° 06-83.434.

²⁹ Le rapport de la Commission des lois du Sénat (n° 834, précité) indique à cet égard :

« Issu d'un amendement adopté en séance publique et déposé par Antoine Savignat et plusieurs de ses collègues du groupe Les républicains, cet article (15-2° de la loi du 22 décembre 2021) tend à modifier l'article 432-12 du code pénal pour interdire aux magistrats d'avoir un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération s'ils ont eu la charge d'assurer le jugement de litiges les concernant.

(...)

La commission estime que cet alignement du régime pénal applicable aux magistrats sur celui applicable aux élus et aux fonctionnaires est cohérent avec le souhait d'une plus grande confiance dans la justice. Le traitement sur le plan uniquement déontologique des prises d'intérêts qui peuvent concerner les magistrats paraît effectivement en décalage avec le renforcement considérable des sanctions pénales pesant sur les élus et fonctionnaires et peut donner le sentiment d'une prise en compte insuffisante de ces questions par l'institution judiciaire. »

³⁰ Rapport Commission des lois, sénat, précité.