

LE SERPENT DE MER DE LA REFORME DU DELIT DE PRISE ILLEGALE D'INTERETS

Stephane PENAUD

Avocat à la Cour, SCP Krust-Penaud

<http://avocats-krust-penaud.com>

Si le journalisme connaît ses marronniers, le droit a ses serpents de mer.

La réforme du délit de prise illégale d'intérêts est de ceux-ci.

Ainsi, de temps à autres, la surface du droit pénal public se ride et en émerge la tête de notre serpent⁴⁸.

Bouillonnent alors les chroniques alarmistes, qui nourrissent propositions de loi et amendements, tous militant pour un assouplissement de l'incrimination de l'article 432-12 du code pénal.

Tel a été le cas dernièrement, un arrêt de la Cour de Cassation ayant provoqué une remontée en surface de ces vieilles antiennes.

Qu'il soit permis à l'auteur de ces lignes de tirer profit de l'occasion pour tenter de renvoyer le monstre à ses fonds abyssaux.

1. La dernière apparition : beaucoup de bruit pour rien ?

C'est une décision de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 22 octobre 2008⁴⁹ qui a donné un regain d'actualité à la modification du délit de prise illégale d'intérêts.

Cette décision confirme une condamnation prononcée en appel contre des élus municipaux, par ailleurs administrateurs d'associations locales, pour avoir participé aux délibérations du conseil municipal accordant des subventions auxdites associations.

La Cour de Cassation approuve les juges d'appel d'avoir considéré que « les prévenus, 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'attributions 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 (...) le dol général caractérisant l'élément moral du délit résulte de ce que l'acte a été accompli sciemment. »

Elle rappelle en outre que « l'intérêt matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en

participant au vote de 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. »

Le sens et la motivation de cet arrêt sont loin d'être révolutionnaires et s'inscrivent bien plutôt dans le sens d'une jurisprudence constante.

Il y a bien longtemps, en effet, que la Cour de Cassation a posé en principe que le délit de prise illégale d'intérêts est constitué indépendamment de tout profit retiré par l'auteur de l'infraction et de tout préjudice subi par la collectivité⁵⁰.

La décision a pourtant fait grand bruit dans le Landernau du droit pénal public, amenant les commentaires les plus alarmistes⁵¹ sous les titres les plus inquiétants⁵².

La critique la plus récurrente portée par les commentateurs vise l'indication dans la décision que le délit de l'article 432-12 est constitué, même si l'intérêt pris ou conservé par les élus n'est pas en contradiction avec l'intérêt de leur collectivité.

Ils considèrent que la Cour de Cassation procède ainsi à une rupture avec la jurisprudence antérieure, qui exigeait, selon eux, « au moins un intérêt personnel, distinct de l'intérêt général »⁵³.

Cette critique ne nous semble pas fondée.

En effet, la notion d'intérêt a toujours été appréhendée de manière compréhensive par la jurisprudence, qui considère que ce dernier peut être familial, moral, électoral ou autre...⁵⁴

Ont même été jugées répréhensibles les actions d'élus n'ayant d'autre but que de rendre service à leur collectivité, sans aucun gain à leur profit ni aucun préjudice pour celle-ci⁵⁵.

⁵⁰ Un élan altruiste pouvant même être réprimé (Cass. crim. 15 décembre 1905, D. 1907, I, 195 ; 16 décembre 1975, RSC 1976, p. 713, obs. Vitu, 23 février 1982, inédit ; 21 juin 2000, n° 99-86871 ; Trib. Corr. Poitiers, 19 mars 1980, JCP 1980, II, 19409, note Lestang).

⁵¹ « L'arrêt de la Cour de Cassation ouvre la porte à toutes les condamnations » (Philippe Petit et Levent Saban, La lettre du cadre territorial, n° 375, p. 42 ; « depuis l'arrêt Bagneux, il suffit d'un rien pour être inquiété », Levent Saban, La lettre du cadre territorial, n° 399, p. 14 ; « L'arrêt (...) ouvre la voie à toutes les condamnations », Brigitte Clavagnier, Juris Associations, n° 404, p. 35.

⁵² Prise illégale d'intérêts : alertez vos élus », La lettre du cadre territorial n° 399, p. 14 ; « Prise illégale d'intérêts : attention, danger ! », La lettre du cadre territorial, n° 375, p. 42 ; « Le délit de prise illégale d'intérêts connaît-il encore des limites ? », Juris Associations, n° 404, p. 35, précités ;

⁵³ Brigitte Clavagnier, précité.

⁵⁴ Sur la compréhension extensive de la notion d'intérêt, voir Cass. crim., 29 septembre 1999, n° 98-81796, qui précise que « cet intérêt peut être de nature matérielle ou morale, direct ou indirect ».

⁵⁵ Ainsi, par exemple, pour la vente de vin à prix coûtant à un hospice (Cass. crim., 15 décembre 1905, précité) ou un échange de terrains de valeur équivalente en vue de favoriser l'installation

⁴⁸ Pour les manifestations les plus récentes, on peut citer les tentatives d'assouplissement du délit à l'occasion de la discussion du nouveau code pénal en 1991 et de la loi ATR en 1992, ou d'exclusion de la représentation des collectivités au sein des SEML de son champ d'application dans le cadre de la loi du 2 janvier 2002.

⁴⁹ Pourvoi n° 08-82068, publié au Bulletin, décision connue sous le nom de « Ville de Bagneux ».

En tout état de cause, les critiques des commentateurs ont rapidement trouvé un écho auprès de membres du corps législatif.

Ainsi, le Sénateur Pierre Yves Colombat avait, dans le cadre d'un amendement déposé lors de l'examen de la loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009, proposé une modification de la rédaction de l'article 432-12 en y remplaçant la notion « *d'intérêt quelconque* » par celle « *d'intérêt personnel distinct de l'intérêt général* ».

Cette proposition a été reprise par le Sénateur Bernard Saugey dans une proposition de loi, adoptée à l'unanimité en première lecture par le Sénat le 24 juin 2010⁵⁶ et actuellement examinée par la commission des lois de l'Assemblée Nationale.

Une modification du délit de prise illégale d'intérêts, visant à circonscrire la notion d'intérêt est donc actuellement en voie d'adoption.

Il n'est pas certain qu'il faille s'en réjouir.

Cette modification semble en effet, d'une part plus motivée par une crainte irraisonnée que par une analyse objective de l'état du droit, d'autre part porter une atteinte injustifiée à des principes fondateurs de notre système juridique.

2. Pour en finir avec le serpent : la réalité du droit et la permanence des principes en remède à l'effolement

Plusieurs justifications de la réforme adoptée par le Sénat ont été avancées.

Elles tiennent principalement au risque d'insécurité juridique qui résulterait de la notion trop large « *d'intérêt quelconque* », qui ferait peser de trop grands risques sur les élus et les empêcherait notamment d'exercer « *le nécessaire contrôle des activités d'intérêt général des associations subventionnées* ». ⁵⁷

Ces arguments ne sont pas décisifs et semblent plutôt traduire une crainte irraisonnée⁵⁸.

a. Les justifications avancées pour la réforme de l'article 432-12 semblent plus inspirées par un effolement injustifié que par la réalité du droit

Les craintes exprimées tant par les commentateurs de l'arrêt *Ville de Bagneux* que par les sénateurs pour

d'une entreprise créatrice d'emplois sur le territoire communal (Trib. Corr. Poitiers, 19 mars 1980, précité).

⁵⁶ Proposition de loi n° 268 du 17 mars 2009.

⁵⁷ Exposé des motifs de la proposition de loi n° 268.

⁵⁸ Lors des débats au Sénat, le Secrétaire d'Etat Jean-Marie Bockel a indiqué : « J'estime qu'il n'y a pas lieu de s'alarmer. »

justifier la modification du délit de prise illégale d'intérêts ne paraissent pas réellement fondées.

Ainsi, en premier lieu, il est inexact de prétendre que cette jurisprudence interdirait aux élus d'assurer, par leur présence au sein des instances des associations subventionnées par leur collectivité, le contrôle de la bonne utilisation des fonds publics alloués.

En effet, un élu peut assumer sans risque des responsabilités au sein de ces organismes s'il prend par ailleurs la précaution de ne pas participer aux décisions de sa collectivité intéressant les associations concernées.

En outre, un contrôle efficient des associations subventionnées peut être organisé sans pour autant impliquer la présence d'élus représentant la collectivité au sein des organes de l'association, notamment par des conventions de subventionnement, d'ailleurs obligatoires au-delà d'un seuil de 23 000 € de concours publics⁵⁹.

En second lieu, le risque pénal représenté par la jurisprudence actuelle semble exagéré.

Ainsi, comme le relève le rapport de la commission des lois du Sénat⁶⁰, la répression du délit demeure mesurée, que ce soit par le nombre des condamnations⁶¹ ou leur sévérité⁶².

Par ailleurs, il convient de souligner que la menace de l'inéligibilité automatique en application de l'article L.7 du code électoral a disparu depuis que le Conseil Constitutionnel en a censuré les dispositions par sa décision du 11 juin 2010⁶³.

Enfin, l'application de l'article 432-12 connaît une importante exception en faveur des élus de petites communes⁶⁴, qui est de nature à atténuer les principaux inconvénients pratiques de son application.

La réforme en cours paraît donc sous-tendue par des craintes que ne justifie pas l'état du droit positif.

En outre, elle se traduirait par la remise en cause de principes fondamentaux de notre droit.

⁵⁹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et article 1 du décret n° 2001-495 du 6 juin 2006.

⁶⁰ Rapport de Madame Anne-Marie Escoffier du 2 juin 2010.

⁶¹ Les condamnations d'élus pour prise illégale d'intérêts s'élevant à 14 en 2005, 19 en 2006 et 10 en 2007.

⁶² D'après les statistiques de la Chancellerie citées dans le rapport, ont été prononcées, 6 peines d'emprisonnement avec sursis en 2005, 6 en 2006 et 2 en 2007, 5 peines d'amende en 2005, 9 en 2006 et 7 en 2007 pour un montant moyen respectif de 2 688 €, 1 588 € et 8 000 €. Ont été dispensées de peine 1 personne en 2005, 3 en 2006, 1 en 2007 et 5 en 2008.

⁶³ Décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010.

⁶⁴ Cf dispositions dérogatoires de l'article 432-12 pour les communes de moins de 3 500 habitants.

b. La réforme en cours remet en cause des principes essentiels

A lire le rapport de la commission des lois du Sénat, il n'est pas question « *en modifiant le libellé du premier alinéa de l'article 432-12, d'altérer, voire d'affaiblir la portée d'un principe qui vise tout à la fois, à préserver la neutralité des fonctions publiques et à protéger les agents publics élus en leur indiquant les comportements à éviter* », la commission réaffirmant « *avec force son attachement au maintien de la répression du délit de prise illégale d'intérêts* ».

La réforme viserait uniquement à « *clarifier la notion de prise illégale d'intérêts* » et à « *lui attribuer un éclairage plus juste en concentrant la répression sur les comportements relevant des manquements à la probité* ».

Ces émouvantes déclarations d'attachement à l'esprit du texte, cette affirmation de la volonté d'en limiter la réforme à la correction des effets d'une jurisprudence créatrice d'incertitude juridique ne convainquent pas réellement.

En effet, vouloir restreindre le champ d'application de l'article 432-12 aux seuls manquements avérés au devoir de probité aboutit bien, malgré toutes les dénégations, à remettre en cause les fondements mêmes du texte.

En effet ce dernier n'a pas pour objet de sanctionner des attitudes déviantes mais, de manière préventive, de garantir le respect de la frontière entre l'intérêt public que représente l'élu au titre de ses fonctions et ses intérêts privés.

C'est ce qu'indiquait très exactement Portalis, un des pères du code Napoléon, en rappelant qu'il importe d'inscrire dans la loi la nécessaire image de probité et de détachement qui doit s'attacher à toute fonction publique, en d'autres termes « *d'écarter (des agents publics) jusqu'au soupçon de mêler des vues d'intérêt privé avec les grands intérêts publics confiés à leur sollicitude* ».

Cette conception a été rappelée par le Conseiller à la Cour de Cassation Mercier pour qui, dans le délit de prise illégale d'intérêts « *ce n'est pas seulement l'abus de fonction, ce n'est pas seulement le profit illicite que le fonctionnaire a pu retirer de l'entreprise ou du commerce auquel il s'est volontairement associé, que la loi a voulu punir ; c'est la simple immixtion dans ce commerce ou cette entreprise ; c'est le seul fait de participation, parce que ce fait est contraire à l'indépendance du commerce et de la fonction elle-même* ».⁶⁵

Ce point de vue est partagé par la doctrine moderne la plus autorisée, pour laquelle l'infraction « *n'a pas uniquement pour objet de frapper les abus effectivement réalisés, mais (...) tend aussi à prévenir des abus possibles, en établissant une interdiction absolue : le fait*

même de l'immixtion est puni, quelles qu'en soient les suites possibles ».⁶⁶

L'article 432-12 institue donc une véritable infraction obstacle, qui n'a pas pour seul objet de sanctionner les agissements contraires à la probité mais vise à les prévenir en édictant une interdiction stricte pour les élus de se retrouver dans une situation où ils seraient à la fois surveillants et surveillés.

C'est pourquoi la restriction apportée au texte d'incrimination par la réforme en cours nous semble méconnaître la volonté qui a guidé les rédacteurs du code et, au-delà, constituerait une brèche dans le corpus législatif garantissant le respect par les élus de la frontière entre l'intérêt public et leurs intérêts privés.

Elle semble d'autant plus malvenue à l'heure où est engagée officiellement une réflexion générale sur la notion de conflit d'intérêts.⁶⁷

Si le principe même de la réforme peut ainsi être critiqué, il est également possible de s'interroger sur son efficience.

c. L'efficience de la réforme n'est pas assurée

A en croire le rapport de la commission des lois du Sénat et les débats publics, la réforme permettrait de restaurer la sécurité juridique en écartant les risques de prise illégale d'intérêts de la tête des élus représentant leur collectivité au sein d'organismes extérieurs.⁶⁸

Il n'est toutefois pas assuré que le remplacement de la notion « *d'intérêt quelconque* » par celle « *d'intérêt personnel distinct de l'intérêt général* » garantisse la satisfaction de cet objectif.

En effet, **en premier lieu**, est-il certain qu'un élu siégeant *ès qualité* au sein d'un organisme extérieur y représente nécessairement l'intérêt général ?

Par exemple, la présidence d'une association peut apporter à celui qui l'assume une satisfaction et des avantages personnels en termes d'image ou de notoriété.⁶⁹

N'existerait-il pas dans une telle hypothèse un intérêt privé distinct de l'intérêt général dans la participation de l'élu concerné aux décisions de sa collectivité accordant des subventions ou autres facilités à l'organisme qu'il préside ?

En second lieu, il n'est pas acquis que les tribunaux considèrent que la situation d'élus représentant leur collectivité au sein d'organismes extérieurs relève nécessairement de l'intérêt général.

⁶⁶ A Vitu, *Jurisclasser pénal*.

⁶⁷ Avec la création de la commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique.

⁶⁸ Notamment associations, SEML, EPL, SPL...

⁶⁹ Que l'on songe par exemple à la présidence de grands clubs sportifs, qui assure un rôle local important, voire peut être utilisée comme un tremplin politique.

⁶⁵ Rapport sous Cass. crim., 15 décembre 1905. D. 1907.1, 195.

A titre d'exemple, le juge administratif, statuant dans le cadre de l'article L. 2131-11 du CGCT⁷⁰ a considéré que des élus municipaux siégeant au conseil d'administration d'une association ne pouvaient légalement participer aux décisions du conseil municipal accordant des garanties d'emprunt à cet organisme, dans la mesure où celui-ci « *poursuivait des intérêts qui ne se confondaient pas avec ceux de la généralité des habitants de la commune (...)* nonobstant la circonstance que les statuts de l'association prévoyaient la participation de cinq membres du conseil municipal au conseil d'administration de l'association. »⁷¹

L'adoption du projet de réforme du délit de prise illégale d'intérêts actuellement en cours d'examen marquerait sans doute la dernière apparition du serpent de mer.

Nous considérons pour notre part cette réforme injustifiée, inappropriée et d'une efficacité peu assurée.

Espérons que devant l'Assemblée Nationale le Gouvernement aura une attitude moins pusillanime que celle qu'il a adoptée devant le Sénat⁷² et que les députés sauront, comme ils l'ont déjà fait par le passé, ne pas succomber à la tentation de mettre à bas des principes centenaires pour des motifs plus que discutables.

CONVENTION DE SUBVENTION OU MARCHÉ PUBLIC : PREVENIR LES RISQUES DE CONTENTIEUX-ALERTE ET RISQUES A PREVENIR

Brigitte CLAVAGNIER

Avocat au barreau de Lyon, Cabinet ALCYAconseil

Directeur scientifique de Juris-associations, DALLOZ

bclavagnier@alcyaconseil.fr

I En cas de recours à la technique de la convention de subvention, comment se prémunir d'un risque de requalification en un marché public ?

⁷⁰ Qui dispose que « *Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membre du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.* »

⁷¹ CE, 9 juillet 2003, Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne Bourgogne, AJDA 2003, 2264, note Blaise, BJCL 2003, concl. Vallée.

⁷² Le Secrétaire d'Etat s'en étant remis à la sagesse du Sénat.

1- Marquer l'initiative associative : une attention particulière doit être portée à la rédaction de l'ensemble des documents émanant de la collectivité publique qui doit éviter de se mettre trop en avant mais à l'inverse marquer clairement l'initiative de l'association à laquelle elle apporte un soutien. Ce critère de l'initiative implique non seulement que l'association ait eu l'impulsion du projet, mais aussi qu'elle en ait assuré la conception et la définition. En revanche, il importe peu que le projet associatif se trouve être un projet d'intérêt général dans un domaine où la collectivité publique pourrait aussi intervenir. Ce critère de l'initiative associative doit être affirmé tant au niveau du rapport présenté à l'assemblée délibérante, que de la délibération elle-même et de la convention. Il faut éviter les formules du type : « *la Ville de _____, consciente des besoins des habitants en matière de _____, a décidé de créer tel service et d'en confier la gestion à l'association _____.* ».

Il est important de veiller également à l'environnement général (communication institutionnelle de la collectivité notamment dans les journaux locaux).

2- Marquer la reconnaissance par la collectivité publique de l'intérêt général local qui s'attache à l'activité de l'association. Seules des missions d'intérêt général peuvent être subventionnées. L'association doit donc être largement ouverte à tous, sans discrimination et présenter des garanties suffisantes au regard des libertés individuelles. En outre, l'intérêt général doit être justifié au regard du champ de compétence légal et territorial de la collectivité publique concernée.

3- Marquer l'engagement de l'association à exécuter le programme d'actions ou l'activité reconnue d'intérêt général par la collectivité publique (obligation de faire conférant un mandatement au sens communautaire du Paquet « Monti-Kroes »). Le descriptif de l'activité ne doit pas être cependant trop détaillé et les obligations imposées à l'association ne doivent pas être telles que :

- l'association ne dispose de plus d'aucune marge de manœuvre. L'association doit conserver la maîtrise de son projet. A défaut l'association pourrait être requalifiée de « transparente » créée par la collectivité publique elle-même et dirigée de droit ou de fait par celle-ci. (Arrêt du Conseil d'Etat 20 avril 2005 Fondation d'Aguesseau, n° 261706) ;

- la convention apparaisse comme une véritable commande publique ou une délégation de service public et la mise en œuvre d'un cahier des charges défini par la collectivité publique. En particulier la procédure s'impose par rapport à l'importance des obligations de service public imposées contractuellement, ou de fait, à l'association (par exemple obligation faite à l'association bénéficiant de la mise à disposition d'installations