



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
PRÉFET DE L' AISNE

SECRETARIAT GENERAL

Laon, le 20 AVR. 2015

DIRECTION DES RELATIONS AVEC LES COLLECTIVITES
TERRITORIALES ET DES AFFAIRES JURIDIQUES

LE PRÉFET DE L' AISNE

Bureau interministériel des affaires juridiques

à

Affaire suivie par : MICHAEL BERTRAND

- Mesdames et Messieurs les Présidents
des communautés de communes et
d'agglomération

Mel : bureau.pole-juridique@aisne.gouv.fr

- Mesdames et Messieurs les Maires

circulaire n° 2015-18

en communication à :
Madame et Messieurs les Sous-Préfets

OBJET : présentation du risque pénal lié à la prise illégale d'intérêts et des mesures permettant de le prévenir

Afin de lutter plus efficacement contre les situations de confusion entre intérêts privés et publics, le Parlement a adopté, le 11 octobre 2013, la loi n°2013-907 relative à la transparence de la vie publique. Cette loi a défini 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 ».

De même, la charte de l'élu local, introduite par la loi du 31 mars 2015, insiste également sur la prévention des conflits d'intérêts, en mentionnant que « l'élu local [doit veiller] à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Lorsque ses intérêts personnels sont en cause dans les affaires soumises à l'organe délibérant dont il est membre, l'élu local s'engage à les faire connaître avant le débat et le vote ».

Dans ce cadre, la présente circulaire vise à vous présenter les risques liés au délit de prise illégale d'intérêts, manifestation la plus grave d'une situation de conflit d'intérêts et pouvant être constitué même en l'absence de manœuvres frauduleuses de votre part ou de préjudice subi par une collectivité, ainsi que les moyens à votre disposition pour prévenir la constitution d'une telle infraction.

I. DÉFINITION LÉGALE DE LA PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS

A. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

Le délit de prise illégale d'intérêts est défini à l'article 432-12 du code pénal : il s'agit du « fait pour 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 et conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge de la surveillance, de l'administration, de la liquidation ou du paiement ».

Trois conditions doivent être réunies pour retenir la qualification de prise illégale d'intérêts.

a) *un élu doit être en cause*

Le libellé de l'article 432-12 est très général et couvre non seulement les dépositaires d'une autorité publique, comme les détenteurs de l'exécutif des collectivités locales (maires, présidents d'établissements publics intercommunaux, ou les personnes auxquelles ceux-ci ont délégué une partie de leurs pouvoirs, adjoints, vice-présidents, simples élus locaux), mais aussi plus généralement toute personne investie d'un mandat électif dès lors qu'elle a une certaine mission à l'égard de l'entreprise ou de l'opération en cause, ne serait-ce que de surveillance.

Les risques de poursuite pénale peuvent également concerner :

- les fonctionnaires (quelque soit leur rang), à condition qu'ils aient participé à la préparation de la décision relative à une affaire les intéressant personnellement¹ ;
- les proches et les membres de la famille de l'élu, en qualité de complices de la prise illégale d'intérêts, le complice étant sanctionné par les mêmes peines que l'auteur de l'infraction.

b) *cet élu doit assurer, au moment de la prise de l'acte, l'administration ou la surveillance de l'affaire dans laquelle il a pris intérêt*

Ce critère est apprécié dans un sens très large par la jurisprudence. Cela peut notamment se réduire à de simples pouvoirs de préparation ou de propositions de décisions prises par d'autres. De même, la surveillance d'une opération peut consister seulement en la participation à un organe délibérant d'une collectivité territoriale.

c) *l'élu doit avoir pris, reçu, ou conservé quelque intérêt que ce soit dans l'opération ou l'entreprise en cause*

Cet intérêt peut consister en un bénéfice matériel, c'est à dire la perception directe ou indirecte d'avantages pécuniaires ou matériels, comme des travaux confiés à une entreprise dans laquelle l'élu local ou l'agent territorial est actionnaire et comptable ou l'emploi, pour un usage personnel, des services du personnel communal.

Il peut aussi s'agir d'un bénéfice d'ordre moral qu'un élu tirerait, pour son image ou sa carrière, d'une délibération attribuant une subvention à une association dans laquelle il assume un pouvoir.

En outre, il n'est pas nécessaire que la collectivité ait subi un préjudice. En effet, ce n'est pas l'achèvement matériel de l'opération qui importe mais seulement la prise d'intérêts, c'est à dire la mise en place du lien matériel ou juridique dont le prévenu espère ensuite tirer avantage.

De même, l'intérêt peut être indirect. Ainsi, l'interposition des personnes ne change rien à la réalité de l'infraction, soit qu'il s'agisse de l'intervention de tiers, membres de la famille du prévenu, soit que l'interposition prenne la forme d'une société dont l'élu est réellement à la tête, derrière un gérant de façade.

Enfin, le délit peut être caractérisé même en l'absence de gain ou avantage personnel.

Il convient de préciser que bien que la prise illégale d'intérêts soit considérée comme un délit intentionnel, la jurisprudence présume de la seule qualité d'élu l'intentionnalité de l'infraction.

B. RÉPRESSION DE L'INFRACTION

L'article 432-12 du code pénal prévoit une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende, accompagnée, le cas échéant, des peines complémentaires prévues à l'article 432-17, soit notamment : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille (droits de vote, éligibilité,

¹ Crim. 11 mars 1976, n° 75-91.258

droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou de représenter une partie devant la justice, droit de témoigner en justice, droit d'être tuteur ou curateur), selon les modalités prévues à l'article 131-26 du code ; l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ; la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction.

C. AMÉNAGEMENTS DU PRINCIPE POUR LES COLLECTIVITÉS DE MOINS DE 3500 HABITANTS

L'article 432-12 du code pénal, en ses alinéas 2 et 3, prévoit que « *dans les communes comptant 3500 habitants au plus, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent chacun traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16000 euros* ».

En outre, dans ces communes, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement. Ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal. »

Pour la régularité de ces opérations, le conseil municipal doit prendre une délibération spécialement motivée et l' élu intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil relative à l'approbation du contrat. Il est interdit d'adopter cette délibération à huis-clos. En cas d'irrespect de ces conditions, le juge refusera de faire bénéficier l' élu du fait justificatif.

Enfin, ces dispositions ne s'appliquent pas aux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI).

II. LA SANCTION ADMINISTRATIVE DE LA PRISE ILLÉGALE D'INTERÊTS

Indépendamment des conséquences pénales, la constitution d'une situation de prise illégale d'intérêts, et plus généralement tout conflit d'intérêts, est susceptible de vicier les acte d'une collectivité, sur le fondement de l'article L2131-11 du code général des collectivités territoriales (CGCT) qui dispose que : « *sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataire* ».

Pour qu'un élu soit qualifié de « conseiller intéressé » au sens de l'article précité, la jurisprudence impose la réunion de deux conditions, définies par un arrêt du Conseil d'Etat² :

- **l' élu doit être intéressé personnellement ou comme mandataire.** Il ne s'agit pas simplement des intérêts financiers mais cela peut concerner des intérêts patrimoniaux, familiaux ou encore moraux.

- **sa participation doit avoir été de nature à lui permettre d'exercer une influence sur le résultat du vote.** En effet, il faut démontrer un manque d'impartialité objective, c'est à dire qu'il doit être prouvé que l' élu a pu faire preuve d'une capacité d'influence particulière sur le déroulé de la prise de décisions, de nature à créer un doute légitime sur son impartialité.

Afin de déterminer cette influence, il est tenu compte de l'ensemble des circonstances qui ont entouré la délibération : modalités de l'instruction du projet influencées ou non par le conseiller intéressé, origine de la proposition, effectivité de la participation au débat, vote acquis à une majorité étroite... Il faut donc que la participation du conseiller ait influencé de manière directe et décisive le sens de la délibération. Le juge administratif peut également se fonder sur la condamnation d'un élu pour prise illégale d'intérêts pour conclure à l'illégalité de l'acte en cause.

² CE, 22 octobre 2014, société EBM Thermique

III. LA PRÉVENTION DE LA PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS ET DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

Il est de la responsabilité personnelle de chaque élu de s'interroger sur la pertinence et l'opportunité de sa participation à un vote ou à une prise de décision susceptible de faire naître une situation de prise illégale d'intérêts et d'engager sa responsabilité pénale. De même, dès lors qu'une situation de potentiel conflit d'intérêts est identifiée, il appartient à tout élu concerné à ne pas participer aux débats et au vote. Il est d'ailleurs préférable de demander à cet élu de sortir de la salle du conseil, une simple présence pouvant être considéré comme ayant exercé une influence sur le vote des membres³.

Une telle abstention s'impose notamment pour les cas ci-dessous, sans que cette liste soit exhaustive :

- le conseiller concerné ne doit pas participer aux travaux préparatoires de la délibération intéressant sa société ;
- le conseiller ne doit pas participer au vote dans lequel il peut y avoir, pour lui, des intérêts professionnels en jeu: « *la présence de M. P..., conseiller municipal à la séance du 29 juillet 1978 au cours de laquelle le conseil municipal a notamment décidé de lui céder une parcelle du domaine privé de la commune, était de nature à exercer une influence sur le résultat du vote auquel il a d'ailleurs pris part, sur une délibération à laquelle il était personnellement intéressé* »⁴ ;

De même, en cas de contentieux, le juge administratif et le juge pénal rechercheront les véritables mobiles qui ont donné naissance à l'acte administratif litigieux et à son caractère frauduleux. Sur ce point, il convient très justement d'être vigilants s'agissant des éléments factuels accréditant l'idée de fraude à l'intérêt public et à la collectivité concernée, notamment pour :

- un conjoint ou concubin d'un conseiller qui serait en relation de travail avec la collectivité ;
- des parents et proches d'un conseiller qui seraient en conflit d'intérêt avec la collectivité ;
- un conseiller de la collectivité qui utiliserait ses fonctions pour obtenir des avantages directs et/ou indirects à son profit, au profit de sa société, de ses parents, amis ou associés, par exemple.

Il appartient d'être particulièrement vigilant lors de la prise de décisions intervenant en matière de marchés publics, et notamment lors de leur attribution par la commission d'appel d'offres, s'agissant d'un domaine ayant conduit, au niveau national, à un certain nombre de condamnations pénales.

En cas de doute avant la prise d'un acte, mes services peuvent être sollicités pour vous apporter l'aide nécessaire sur toute situation que vous estimez susceptible de constituer un conflit d'intérêts, voire une prise illégale d'intérêts et sur les mesures de prévention à mettre en œuvre le cas échéant.

Le Préfet de l'Aisne


Raymond LE DEUN

³ CE 27 juin 1997, *M. Tassel et autres*, req. n° 122044

⁴ CE 12 févr. 1986, *Commune d'Ota*, req. n° 45146