

ADMINISTRATION GÉNÉRALE - RESPONSABILITÉ

La présidence d'une association par un élu local

- Pour les collectivités territoriales, l'instrument associatif est un gage de souplesse dans la gestion de certaines politiques publiques, tout particulièrement en matière de sport ou de culture.
- L'implication des élus dans cette gestion passe souvent par la présence de certains d'entre eux dans les organes dirigeants des associations subventionnées, une présence qui présente certains risques.

Les liens existant entre les élus locaux et les associations ne résultent pas d'une pratique nouvelle. Ils procèdent, d'une part, de la valorisation politique de l'engagement associatif (1) et du bénéfice que peut en retirer une équipe municipale, ce qui conduit souvent les présidents d'exécutifs à confier aux conseillers nouvellement élus des délégations de fonction dans le domaine où ces derniers ont exercé ou exercent encore des responsabilités associatives.

Ils procèdent, d'autre part, de l'utilisation fréquente par les collectivités de l'instrument associatif, gage de souplesse de gestion, pour mener certaines politiques publiques.

Gage de compétences ou a minima de connaissances d'un domaine dans le premier cas ou simple réponse à la double nécessité de garantir l'efficacité et la cohérence des politiques publiques et de s'assurer de l'utilisation conforme des subventions qui leurs sont allouées dans le second cas, la présence d'élus locaux au sein des organes dirigeants d'associations subventionnées n'est cependant pas sans risque, tant au plan administratif (I) que pénal (II).

I. Les risques administratifs de la responsabilité associative d'un élu

S'il n'est pas comparable d'être à la tête d'un office de tourisme ou de présider une association de quartier de loisirs, il n'en demeure pas moins que la situation de cumul entre l'exercice d'un mandat local et de fonctions de responsabilité associative emporte par elle-même des risques administratifs.

Aussi, quelle que soit l'association, la prudence appelle un élu dans cette situation à se poser deux questions : 1/ l'association présidée est-elle une association transparente ?

2/ et cette situation de cumul peut-elle mettre en danger la légalité des délibérations par lesquelles la collectivité traite de ses relations avec l'association ?

1. Des risques conséquents en cas de présidence d'une association transparente

• La définition d'une association transparente

Certaines associations sont dites « transparentes » lorsque, « en raison de leur fonctionnement et de l'origine de leurs ressources, elles sont considérées comme un service de l'Etat ou d'une collectivité publique » (2).

En ce sens, plusieurs critères de définition d'une association transparente ont été dégagés par les juridictions administratives et financières (3), tenant notamment à l'initiative publique de l'association, à la composition des organes dirigeants de l'association, à l'origine très majoritairement publique des ressources et au caractère de service public de l'activité de l'association.

A partir de ces critères, les juges opèrent une appréciation in concreto visant essentiellement à déterminer la part de contrôle exercé par la collectivité sur l'association (4) : l'association sera considérée comme transparente lorsqu'elle se révèle n'être que le faux nez de l'administration qui la finance.

Par suite, il est constant que la présidence d'une association par un élu local participe de cette reconnaissance en ce qu'elle donne a minima l'apparence d'un contrôle de la collectivité (5).

Il doit de surcroît être remarqué qu'un grand nombre d'associations est concerné par ce risque : en 2011, la cour administrative de Marseille a qualifié une association de handball d'association transparente (6).

• Les conséquences de la requalification en association transparente

On comprend aisément que la requalification d'une association en association transparente emporte des risques liés à la solidarité ainsi reconstituée entre l'association et la collectivité. On pense notamment aux actions en responsabilité engagées contre la collectivité en comblement de passif en cas de procédure collective touchant l'association, ou encore aux recours contre les contrats passés par l'association en violation des règles de la commande publique. [...]

RÉFÉRENCES

- En page 39, l'ensemble des références juridiques de cette analyse.

Administration générale: la présidence d'une association par un élu local

[...] Au demeurant, une telle requalification a des effets conséquents touchant plus directement l'élu président de l'association.

En effet, puisque les fonds maniés par l'association issus des subventions versées par la collectivité territoriale sont, du fait de sa transparence, demeurés des deniers publics, les personnes qui ont manié ces fonds – en premier lieu le président et le trésorier de l'association – pourront être déclarées comptables de fait de la collectivité.

La gestion de fait s'applique en effet, selon l'article 60-XI de la loi de finances n°63-156 du 23 février 1963, à « toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public ou sans agir sous contrôle et pour le compte d'un comptable public, s'ingère dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public », ou « reçoit ou manie directement ou indirectement des fonds ou valeurs extraits irrégulièrement de la caisse d'un organisme public ».

Dans ces conditions et au terme de la procédure diligentée par la chambre régionale des comptes (7), un élu local, président d'une association déclarée transparente, pourrait être condamné (indépendamment de la sanction pénale également encourue qui sera examinée ci-après) au paiement d'une amende dont le montant ne pourra toutefois excéder le total des sommes indûment détenues ou maniées (8).

Si cette procédure concerne le président de l'exécutif, celui-ci se verra en outre suspendu de ses fonctions d'ordonnateur de la collectivité pendant la durée de la procédure.

2. Le risque de l'annulation des délibérations auxquelles l'élu, président de l'association, a pris part

Il ressort de l'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), 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 ».

Or il est constant qu'un élu président d'une association encourt davantage que d'autres le risque d'être qualifié de conseiller intéressé.

Plus particulièrement, la jurisprudence a dégagé et précisé récemment deux conditions cumulatives pour que l'illégalité de la décision soit prononcée :

- la première tenant à ce que le conseiller municipal ait un intérêt personnel à l'affaire, intérêt personnel entendu comme distinct de l'intérêt général de la collectivité ; à cet égard, le Conseil d'Etat a jugé récemment que des élus municipaux ne pouvaient être considérés comme intéressés à l'affaire lorsqu'ils exercent une activité économique prépondérante dans la commune, à savoir la viticulture, qui représente une grande partie des emplois

de ses habitants et que la délibération ne les favorise pas en particulier (9) ;

- la seconde relative à l'influence effective exercée par le conseiller sur le résultat du vote dont le Conseil d'Etat a estimé qu'elle pouvait se matérialiser y compris exclusivement lors des travaux préparatoires de la délibération (10).

Ces dispositions concernent aujourd'hui expressément les conseillers municipaux et les conseillers communautaires rien n'étant précisé dans le CGCT s'agissant des conseillers généraux et régionaux.

Pour autant, il semble qu'un raisonnement par analogie soit de mise et que tout élu local, lorsqu'il constate que les deux conditions précédentes sont réunies, doive s'abstenir de participer aux travaux et au vote de la décision en cause. D'autant que cette obligation d'abstention a été réitérée encore par l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 (11) relative à la transparence de la vie publique pour toutes les personnes titulaires d'une fonction exécutive locale ou d'une délégation de signature lorsqu'elles estiment être en situation de conflit d'intérêt.

II. Les risques pénaux pesant sur l'élu dirigeant une association

Au plan pénal, la participation des élus locaux aux organes dirigeants d'une association constitue, au-delà des enjeux liés à la mise en œuvre des politiques publiques, à la fois un outil de bonne de gestion et un outil de contrôle, propre à limiter le risque induit par d'éventuels détournements des fonds publics confiés à une telle association mais peut être génératrice, lorsqu'elle se fait trop active, d'autres risques, tels que la prise illégale d'intérêts, et en cas de transparence, le favoritisme ou l'usurpation des fonctions de comptable public.

1. Le délit de détournement de fonds publics par négligence

L'article 432-15 du Code pénal dispose que « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende (...) ».

Par ailleurs, l'article 432-16 du même code précise que « lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

Ce délit peut trouver à s'appliquer à l' élu qui, par sa négligence, rend possible le détournement par l'association et/ou ses dirigeants des fonds publics qui lui ont été alloués par la collectivité dans le cadre du subventionnement de ses activités.

Il doit toutefois être caractérisé un acte de détournement imputable à un tiers et consistant dans le fait de se comporter comme le propriétaire d'une chose remise à titre précaire. Cet acte de détournement peut consister dans une utilisation de la subvention à des fins étrangères à celles prévues lors de son octroi et, le cas échéant, stipulées à la convention de subventionnement, telle par exemple qu'une rétrocession de la subvention à une autre association en méconnaissance des dispositions de l'article L.1611-4 alinéa 3 du CGCT.

Enfin, une faute de négligence imputable à l' élu et ayant rendu possible l'acte matériel de détournement doit également être caractérisée.

Cette faute de négligence doit être rapprochée de la notion de négligence visée par l'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal (12), aux termes duquel : « il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute (...) de négligence (...), s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas

échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

Dès lors, un élu mis en cause à ce titre pourra s'exonérer de sa responsabilité pénale en établissant qu'il a accompli toutes les diligences pour s'assurer de l'utilisation des subventions dans un but conforme à celui ayant présidé à leur octroi.

À NOTER

Le risque pénal pesant sur les élus au titre du présent délit, au cas de détournement par une association des subventions allouées par l'autorité dont il relève, existe, même si l'on peut constater que les poursuites sur ce fondement demeurent rares.

2. Le délit de prise illégale d'intérêts

A titre liminaire, notons qu'il peut exister une problématique pénale attachée à la qualification de prise illégale d'intérêts, au titre du cumul des fonctions d' élu et de dirigeant d'une association.

Rappelons en tant que de besoin que l'article 432-12 du Code pénal définit le délit de prise illégale d'intérêts comme « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service [...]

Administration générale: la présidence d'une association par un élu local

[...] 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 (...).

À NOTER

Le délit de prise illégale d'intérêts peut donc concerner toute personne investie d'un mandat électif public, c'est-à-dire tous les élus internationaux, nationaux ou locaux.

S'agissant de ses autres éléments matériels, l'incrimination exige évidemment la prise d'un intérêt quelconque; pour retenir le délit de prise illégale d'intérêts, le juge pénal considère que «l'intérêt, matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en participant au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président entre dans les prévisions de l'article 432-12 du Code pénal; qu'il n'importe que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal» (13).

L'intention coupable est ici caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit reproché (14). La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi pu retenir que l'auteur «a délibérément entretenu une confusion prohibée par la loi, entre ses fonctions électives et ses responsabilités associatives ou intérêts privés, de sorte que l'intention coupable du délit de prise illégale d'intérêts est en l'espèce caractérisée» (15).

Précisons en outre que l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 précitée définit le conflit d'intérêts comme «toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction» et impose lorsqu'il est constitué, une «obligation d'abstention».

Ainsi, en cas de conflit d'intérêts, au sens de la loi :

- les personnes titulaires de fonctions exécutives locales sont suppléées par leur délégataire, auquel elles s'abstiennent d'adresser des instructions;
- les personnes chargées d'une mission de service public qui ont reçu délégation de signature s'abstiennent d'en user;
- les personnes chargées d'une mission de service public placées sous l'autorité d'un supérieur hiérarchique le saisissent; ce dernier, à la suite de la saisine ou de sa propre initiative, confie, le cas échéant, la préparation ou l'élaboration de la décision à une autre personne placée sous son autorité hiérarchique.

C'est là que se cristallisent les liens entre le droit pénal et la loi sur la transparence de la vie publique.

Un élu en situation de conflit d'intérêts devra impérativement s'abstenir, à peine de se voir reprocher le délit de prise illégale d'intérêts, de préparer ou d'élaborer les décisions en lien avec l'association qu'il dirige.

Concrètement, cela signifie qu'il devra :

- non seulement s'abstenir de participer au vote accordant par exemple une subvention à son association;
- mais également sortir de la salle du conseil dès l'ouverture des débats afin que sa seule présence ne puisse être considérée comme ayant exercé une influence sur leur orientation.

Une telle situation, seule à même de garantir la sécurité juridique de la délibération comme de l'élu, est fréquemment dénoncée comme un obstacle à la bonne information de l'assemblée délibérante. Cependant, malgré les efforts de certains parlementaires (16), il ne semble pas envisagé de modifier l'article 432-12 du Code pénal dont les termes généraux ont pu conduire la Cour de cassation à condamner des élus exerçant bénévolement et ès qualités la présidence d'une association paramunicipale d'intérêt général (17).

Bien évidemment, cet élu devrait également :

- s'abstenir de donner à son délégataire des instructions sur les questions intéressant l'association dont il est le dirigeant;
- s'abstenir d'assister aux réunions dont l'objet serait de se prononcer sur le financement et/ou le fonctionnement de cette association.

3. En cas de transparence

● Le délit de favoritisme

Le présent délit pourra être constitué lorsqu'un marché est attribué sans publicité ni mise en concurrence par une association dite transparente, c'est-à-dire une personne privée créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement, tout en lui apportant l'essentiel de ses ressources; cette personne privée est alors considérée comme un démembrement de la personne publique et ainsi soumise au Code des marchés publics (18).

Rappelons que l'article 432-14 du Code pénal réprime d'une peine maximum de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euros «le fait par une personne (...) investie d'un mandat électif public (...) 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 délégations de service public».

L'avantage injustifié peut prendre la forme d'un acte matériel, administratif ou juridique (information privilégiée, publicité réduite du marché, etc.) constitutif d'une rupture du principe d'égalité dans la commande publique. Cet avantage doit être procuré par un acte irrégulier qui peut être un acte volontaire.

En ce qui concerne l'élément intentionnel du délit de favoritisme, la Cour de cassation estime que «la seule

constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire, implique de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article L.121-3 du Code pénal » (19).

L'intention se déduit du manquement que l'auteur n'a pu ignorer et qui permet de constater qu'il a agi en pleine connaissance de cause; le juge répressif estime que l'exercice de certaines fonctions rend inadmissible l'ignorance, de sorte qu'un maire ne peut se réfugier derrière la méconnaissance de la procédure d'appel d'offres (20).

● L'usurpation des fonctions de comptable public

Aux termes de l'article 433-12 du Code pénal, « est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, par toute personne agissant sans titre, de s'immiscer dans l'exercice d'une fonction publique en accomplissant l'un des actes réservés au titulaire de cette fonction ».

L'usurpation de fonctions est un délit contre l'autorité de l'Etat. L'immixtion proprement dite résulte de l'accomplissement, sans titre, des actes mêmes rentrant dans l'exercice d'une fonction publique, même si ces actes sont irréguliers. Il importe de souligner qu'est seul constitutif d'un fait d'immixtion l'accomplissement d'un acte réservé, par la loi ou les règlements, aux titulaires de la fonction dont il s'agit.

L'infraction suppose évidemment que le coupable a agi volontairement, sachant qu'il n'avait aucun titre et qu'il s'ingérait dans l'exercice d'une fonction publique. L'intention ne disparaîtrait pas, quels que soient les motifs invoqués par le prévenu: comme en droit commun, les mobiles sont indifférents pour la construction juridique de l'infraction. En revanche, l'erreur de fait commise par le prévenu peut l'exonérer de toute responsabilité pénale: il en irait ainsi d'une personne qui aurait cru, de bonne foi, avoir été régulièrement investie de la fonction qu'on lui reproche d'avoir usurpée.

Précisons enfin que s'agissant de procédures distinctes, menées devant des ordres de juridiction différents, les procédures pénales et devant la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) peuvent se cumuler sur les mêmes faits (article L.314-18 du Code des juridictions financières); le principe du cumul non bis in idem n'y fait pas obstacle.

Dans les faits, il apparaît néanmoins que les doubles poursuites sont très rares pour exactement les mêmes faits, et plus rares encore les condamnations.

À NOTER

Si elle est donc un instrument commode au service des collectivités, l'association para administrative induit des risques parfois insoupçonnés pour les élus locaux qui en sont membres.

Cela a conduit certains maires à interdire purement et simplement la présence de conseillers municipaux au sein de bureaux d'associations, au nom de la transparence (21).

S'il n'est pas nécessaire d'en arriver à cette extrémité, la plus grande prudence s'impose dans la gestion quotidienne des relations entre la commune et les associations qu'elle subventionne, au sein desquelles siègeraient des élus. ■

(1) Voir pour exemple: Frédéric Sawicki, « Les socialistes », in Becker (Jean-Jacques), Candar (Gilles), dir., Histoire des gauches en France au XX^e siècle, Paris, La Découverte, 2004, pp. 27-50.

(2) Rép. Min. QE n° 59794, JOAN 22 déc. 2009, p. 12337.

(3) Voir notamment: CE, 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt, n° 281796; Cour des comptes, Rapport public 1995, p. 245.

(4) A ce titre, la transparence d'une association a pu être retenue à défaut du critère de la création publique de celle-ci (CAA Marseille, 5^e, 10 mars 2011, Commune de Nice, n° 09MA00119) alors qu'une association présidée par un des vice-présidents du conseil général ayant son siège dans locaux de la collectivité n'a pas reçu une telle qualification dans la mesure où le conseil d'administration de l'association composé de 10 membres ne comprenait que trois représentants des collectivités territoriales (CAA Nancy, 2 août 2012, n° 11NC01427).

(5) Voir en ce sens notamment: CE, 14 octobre 2009, Ville de Marseille, n° 299554; CE, 18 juin 2008, SA Hôtel Negresco, n° 284942; CAA Marseille, 13 mai 2008, Association Jeunesse Toulonnaise, n° 05MA03239; et CRC Ile-de-France, lettre d'observation du 16 juillet 1999, Association JVA, arrêt dans lequel une association a été jugée transparente aux motifs que ses dirigeants étaient des élus municipaux et des agents de la commune, ses locaux étaient situés à l'intérieur de bâtiments annexes à la mairie, son fonctionnement en faisant un service de l'administration communale qui ne différait en rien d'une régie municipale.

(6) CAA Marseille, 5^e, 10 mars 2011, Commune de Nice, n° 09MA00119.

(7) Compétence dévolue aux CRC en application des dispositions de l'article R.231-1 du Code des juridictions financières.

(8) Article L.231-11 du Code des juridictions financières.

(9) CE, Département du Haut-Rhin 26 oct. 2012, n° 351801.

(10) CE, 21 nov. 2012, Chartier, n° 334726: le Conseil d'Etat considère que l'illégalité de la délibération ne se limite pas à « la participation au vote permettant l'adoption d'une délibération », mais également à « la participation aux travaux préparatoires et aux débats précédant l'adoption d'une telle délibération (...), alors même que cette participation préalable ne serait pas suivie d'une participation au vote de la disposition litigieuse ».

(11) Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

(12) Cass. crim. 9 novembre 1998, numéro de pourvoi: 97-84696.

(13) Cass. crim., 22 octobre 2008, n° 08-82068: JurisData n° 2008-045864.

(14) Cass. crim., 21 novembre 2001: JurisData n° 2001-012112; Bull. crim. 2001, n° 243; D. 2003, Somm. p. 245, obs. M. Segonds.

(15) Cass. crim. 9 février 2011, n° 10-82988.

(16) Proposition de loi Sauguey n° 268 (2008-2009), votée par le Sénat, jamais inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale.

(17) Cf. Cass. crim. 22 octobre 2008, préc.

(18) Cour de cassation, 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-82961.

(19) Cass. 15 septembre 1999, n° 98-87588; 24 octobre 2001, n° 01-81039; 14 janvier 2004, n° 03-83396.

(20) Cass. 15 septembre 1999, n° 98-87588; 24 octobre 2001, n° 01-81089; 8 mars 2006, n° 05-85276.

(21) C'est le cas à Troyes depuis 2014, par exemple.