

de l'application de toutes les normes, de toutes les vérifications techniques. Alors qu'il n'a pas été élu pour ça, pour ses qualités professionnelles, encore moins pour en vivre. L'assimilation routinière de l'élu à un professionnel (avocat, médecin etc.) n'a donc aucun sens. Il est élu pour prendre les bonnes décisions dans l'intérêt général, au nom de la collectivité.

Avec l'AMRF, on a toujours essayé de faire valoir – sans succès – la situation particulière des élus et notamment des élus ruraux. Lorsque ces derniers sont défaillants au regard de l'intérêt général (cf. la prise illégale d'intérêt), ils sont plus sanctionnés que tout le monde. En matière de délit non-intentionnel, ils sont sanctionnés comme tout le monde ! Tout le monde trouve cela logique et « équilibré ».

Personne ne veut bouger même si Pierre Fauchon reconnaît lui-même qu'il n'est pas pleinement satisfait du contenu de la loi. Et je reconnais volontiers, à mon tour, que Pierre Fauchon ne pouvait aller plus loin dans ses propositions sans susciter des obstacles infranchissables à sa tentative d'amélioration. Cette tentative était méritoire. Je pense seulement que le résultat n'est pas à la hauteur de l'attente.

En 2005, l'association des élus de montagne (ANEM) a demandé à un cabinet d'avocats de faire une synthèse des jurisprudences depuis 2000. Ils avaient conclu que la seule différence perceptible depuis la loi Fauchon n'était pas une meilleure prise en compte de la situation des élus mais que les juges motivaient mieux leurs décisions. Pour les juristes c'est probablement un progrès, pour les élus, j'en doute... ♦

RLCT 1751

## Participation des élus et des fonctionnaires à la vie associative : quelles précautions sur le plan pénal ?

Par Me Didier SEBAN, Avocat au barreau de Paris, SCP Seban & Associés

### PROPOS INTRODUCTIFS

Les collectivités territoriales sont amenées, afin de satisfaire au mieux l'intérêt général, à déléguer certaines de leurs missions à des associations et organismes spécifiques, qui perçoivent à ce titre des fonds publics sous forme de subventions.

L'implication des élus et fonctionnaires dans la vie de ces associations répond alors à la double nécessité de garantir l'efficacité et la cohérence des politiques publiques, et de s'assurer de l'utilisation conforme et raisonnée des subventions qui leurs sont allouées. En ce sens, cette participation constitue tout à la fois un outil de bonne de gestion et un outil de contrôle, propre à limiter le risque pénal induit par d'éventuels détournements des fonds publics ainsi confiés à ces associations (I).

Pour autant, cette implication des élus et fonctionnaires dans la vie associative, lorsqu'elle se fait trop active, peut également receler d'autres risques pécuniaires et pénaux, tels que la gestion de faits et la prise illégale d'intérêts (II).

Sous cette distinction, l'enjeu de la présente table ronde sera d'isoler les risques pénaux spécifiques, « endémiques », de l'intervention des élus et fonctionnaires dans la vie associative, afin de dégager les règles prudentielles propres à les réduire.

### I – SUR LE RISQUE PÉNAL INHÉRENT À L'ABSENCE DE CONTRÔLE DES ASSOCIATIONS

Tout d'abord, une absence totale de contrôle des associations bénéficiaires de subventions peut exposer les élus et fonctionnaires de l'autorité les ayant consenties à un risque pénal, au cas de détournement des fonds publics ainsi alloués (A). La mise en place d'outils de contrôle de l'utilisation des subventions consenties à ces associations constitue un moyen de limiter l'ampleur de ce risque (B).

#### A. – Identification du risque pénal

##### 1°) La complicité d'abus de confiance

C'est là l'hypothèse de l'élu ou du fonctionnaire qui se rendrait complice du détournement par une association et / ou ses

dirigeants, auteurs principaux du délit, de tout ou partie des subventions dont elle bénéficie.

La complicité punissable implique la réunion des éléments suivants :

##### a) L'existence d'un fait principal punissable

Consistant, au cas d'espèce, dans un acte de détournement des subventions publiques allouées à une association, acte imputable à l'association et / ou à ses dirigeants, en qualité d'auteurs principaux.

Un tel détournement pourrait consommer le délit d'abus de confiance, voire le délit de détournement de fonds publics, si l'association et / ou ses dirigeants disposent de la qualité de « *dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public, de comptable public ou de dépositaire public* ».

La constitution du délit d'abus de confiance, prévu et réprimé par l'article 314-1 du Code pénal, est soumise à la réunion d'un élément préalable, matériel et intentionnel.

L'élément préalable consiste dans la remise d'une chose en exécution d'un contrat, tel par exemple que :

- la convention de subventionnement (hypothèse d'un détournement commis par l'association subventionnée au préjudice de la collectivité) ;

- le mandat social des dirigeants de l'association subventionnée (hypothèse d'un détournement commis au préjudice de l'association par ses dirigeants)

L'élément matériel est un acte de détournement, défini comme le fait de se comporter comme le propriétaire d'une chose remise à titre précaire.

Plus concrètement, cet acte de détournement pourrait 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.

L'élément intentionnel est la volonté de l'auteur de commettre l'acte de détournement tel que précédemment défini.

*b) Un acte matériel de complicité*

Entendu comme un acte de participation concomitant ou antérieur à l'infraction principale et pouvant notamment consister dans toute aide ou assistance donnée en vue de faciliter la préparation du délit.

La jurisprudence ajoute toutefois que l'acte de complicité doit nécessairement consister dans un acte positif, la complicité par abstention étant, en principe, non punissable (Cass. Ass. Plén. 20 janv. 1964 ; Cass. crim. 26 oct. 1912, S. 1914, 1, 225), sauf à caractériser l'existence d'une collusion entre l'auteur principal et le complice [Cass. crim. 10 nov. 1971, Bull. crim. n° 307].

*c) Une intention délictueuse*

Le complice devant avoir contribué à l'infraction principale en connaissance de cause (Cass. crim. 6 août 1924, Bull. crim. n° 157).

**2°) Le détournement de fonds publics par négligence**

C'est là l'hypothèse de l' élu ou du fonctionnaire qui, par sa négligence, aurait rendu 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. Ce délit, prévu et réprimé par l'article 432-16 du Code pénal par référence au détournement de fonds publics *stricto sensu*, est passible des peines complémentaires de l'article 432-17 du Code pénal (interdiction des droits civils, civiques et de famille, interdiction temporaire ou définitive d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise).

Il est constitué par la réunion des éléments suivants :

*a) Un élément préalable*

Il tient à la qualité de l'auteur du délit, qui doit être « *dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public* ».

*b) Un acte de détournement imputable à un tiers*

Consistant dans le fait de se comporter comme le propriétaire d'une chose remise à titre précaire.

Là encore, cet acte de détournement pourrait plus concrètement 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.

*c) Une faute de négligence imputable à l' élu ou au fonctionnaire et ayant rendu possible l'acte matériel de détournement.*

Cette faute de négligence doit être rapprochée de la notion de négligence visée par l'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal (Cass. crim. 9 nov. 1998), 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.* »

Aussi l' élu ou le fonctionnaire mis en cause à ce titre serait-il admis à s'exonérer de sa responsabilité pénale en établissant qu'il a fait toutes diligences pour s'assurer de l'utilisation des subventions dans un but conforme à celui ayant présidé à leur octroi.

Le délit de détournement de fonds publics par négligence apparaît ainsi comme un risque pénal important pesant sur les élus et fonctionnaires au cas de détournement par une association des subventions alloués par l'autorité dont il relève. Il importe toutefois de souligner que, dans les faits, les poursuites demeurent rares.

**B.- Le contrôle de l'association comme moyen de minimiser le risque pénal**

La notion de négligence étant définie comme un défaut de diligences normales, élus et fonctionnaires seraient admis à s'exonérer de leur responsabilité pénale en établissant qu'ils ont pris toutes mesures utiles pour l'éviter.

De telles diligences impliquent que l' élu ou le fonctionnaire dispose d'une connaissance approfondie de l'association, tant au titre de l'objet pour lequel les subventions ont été allouées qu'à celui de leur destination effective.

Une telle connaissance présente une dimension *ex ante*, tenant à la définition de la destination des fonds alloués (1°), et une dimension *ex post*, portant sur la conformité de l'utilisation des subventions avec l'objet stipulé (2°).

**1°) Le contrôle *ex ante* : la convention de subventionnement**

La loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations a imposé aux collectivités locales de nouvelles obligations dans le cadre de l'attribution des subventions.

Son article 10 impose ainsi la conclusion de convention lorsque le montant annuel de la subvention allouée dépasse la somme de 23 000 €.

Dans ce cadre juridique, il incombe donc à l' élu ou au fonctionnaire, afin de minimiser le risque pénal auquel il est exposé, de faire toutes diligences pour éviter un éventuel détournement des subventions allouées, comme par exemple :

- généraliser les conventions de subventionnement, sans condition de montant ;
- stipuler dans les conventions de subventionnement :
  - le montant de la subvention alloué ;
  - une définition générale de l'objet de la subvention allouée ;
  - l'affectation requise de la subvention, ventilée selon les postes suivants : les sommes dévolues aux frais de fonctionnement de l'association, les sommes dévolues au financement de l'opération subventionnée. Il importe toutefois de souligner que les termes de la convention doivent demeurer généraux au regard notamment de son objet - au risque de la voir requalifiée en marché public ou en délégation de service public, et de sa destination, au risque de voir ses signataires déclarés gérants de fait de l'association ;
  - imposer aux associations subventionnées de produire, dans les six mois suivant la fin de l'exercice pour lequel les fonds ont été attribués, un compte rendu financier attestant de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention.

**2°) Le contrôle *ex post* : l'affectation des subventions**

**a) Les moyens de contrôle**

Par application des dispositions combinées de l'article L. 1611-4 du CGCT et de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, la personne publique ayant alloué la subvention est fondée à solliciter de l'association bénéficiaire, dans les 6 mois de la clôture de chaque exercice, son budget annuel, ses comptes annuels, ainsi qu'un compte rendu financier attestant de l'utilisation conforme des subventions

En outre, elle est fondée, le cas échéant, à diligenter des missions d'audit au sein de l'association subventionnée.

**b) La pertinence des données financières contrôlées**

L'article L. 612-4 du Code de commerce impose à toute association subventionnée à hauteur d'un montant annuel global de 153 000 € au moins, d'établir et de publier des comptes annuels, et de désigner des commissaires aux comptes.

## II – SUR LES RISQUES INHÉRENTS À UNE PARTICIPATION ACTIVE À LA VIE ASSOCIATIVE

**A. – Les risques pécuniaires : la gestion de fait**

La gestion de fait ne constitue pas en soi un risque pénal mais un risque financier relevant de la Chambre régionale des comptes. Toutefois, la sanction de la gestion de fait pourra parfois sembler tout aussi lourde qu'une condamnation pénale. En outre, certaines conséquences pénales sont indirectement rattachées à cette situation.

La gestion de fait s'applique 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 » (L. fin. n° 63-156, 23 févr. 1963, art. 60-XI).

Ce risque va se rencontrer fréquemment dans les rapports qu'entretiennent collectivités et associations :

- soit lorsqu'une association, sans gérer un service ou un équipement public, encaisse sans titre des recettes de la collectivité ;

- soit lorsque l'association exerce en réalité la gestion déléguée d'un service public sans avoir été régulièrement désigné pour cela, en raison du caractère para-administratif de l'association.

C'est dans cette seconde hypothèse que des élus ou des fonctionnaires pourront voir leur responsabilité financière engagée : la gestion d'une activité d'intérêt général par une association dite « transparente » sera de nature à menacer les élus la dirigeant de droit ou de fait.

Le risque sera donc d'autant plus fort que l'autonomie réelle de l'association à l'égard de la collectivité sera faible.

Ce sera bien entendu le cas si tous les organes dirigeants de l'association sont composés d'élus (ou de fonctionnaires), et que le financement de l'association n'est assuré que par des subventions de la collectivité.

Pour garantir son autonomie par rapport à la collectivité, l'association peut mettre en œuvre plusieurs « outils ».

Elle se doit, tout d'abord, de réunir régulièrement ses organes de décision et veiller à ce que les décisions prises le soient par les organes collégiaux de l'association.

Elle peut, par ailleurs, instituer un système de contrôle financier interne, faire certifier ses comptes par un commissaire aux comptes et s'attacher à produire ses comptes annuellement auprès de ses adhérents, afin d'établir que les subventions qui lui sont versées sont utilisées conformément à son objet. Les associations percevant au moins 153 000 € de subventions annuelles sont d'ailleurs soumises à l'obligation d'établissement annuel d'un bilan, d'un compte de résultat et d'une annexe, sous le contrôle d'un commissaire aux comptes.

L'établissement d'une convention d'objectifs et de moyens encadrant l'activité et fixant le domaine d'intervention propre de l'association permettra également de convaincre le juge de l'existence autonome de l'association.

Lorsqu'il est reconnu comptable de fait par la Chambre régionale des comptes, le chef de l'exécutif local perd sa qualité d'ordonnateur des dépenses de la collectivité, jusqu'à ce qu'il ait reçu *quitus* de sa gestion.

En revanche, la loi n° 2001-1248 du 21 décembre 2001 a supprimé la peine d'inéligibilité qui frappait automatiquement les élus coupables de gestion de fait jusqu'au terme de la procédure. Toutefois, cette sanction existe toujours en ce qui concerne les fonctionnaires.

Lorsque le juge considère qu'il y a gestion de fait, la sanction applicable réside dans le prononcé d'une amende d'un montant maximal équivalent à la somme maniée irrégulièrement, à l'encontre du comptable de fait (L. n° 54-1306, 31 déc. 1954, art. 9).

Le gestionnaire de fait peut en outre être reconnu coupable du délit d'usurpation de fonctions prévu à l'article 433-12 du Code pénal (sanctionné par 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amendes).

Par conséquent, il importe d'éviter le recours aux associations transparentes pour gérer des activités d'intérêt général : si la gestion associative présente l'avantage de la souplesse pour les collectivités et a ainsi pu connaître un développement important, il convient aujourd'hui de conclure des conventions avec les associations et de veiller à leur préserver un fonctionnement autonome et une source de financement la plus diversifiée possible.

**B. – Les risques pénaux : la prise illégale d'intérêts et les délits connexes****1°) Le délit de prise illégale d'intérêts**

Le délit de prise illégale d'intérêt est, prévu et réprimé par l'article 432-12 du Code pénal, est passible des peines complémentaires de l'article 432-17 du Code pénal (interdiction des droits civils, civiques et de famille, interdiction temporaire ou définitive d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise).

Sa constitution est subordonnée à la réunion :

**a) D'un élément préalable**

Cet élément tient à la qualité de son auteur, qui doit être « *dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public* ».

L'incrimination est ainsi applicable aux élus et aux fonctionnaires territoriaux.

**b) D'un premier élément matériel**

Élément tenant à la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement exercé par l'auteur sur une entreprise ou une opération.

Outre la liquidation, l'ordonnancement et l'administration qui ne posent guère de difficulté, la notion de surveillance désigne tout pouvoir de décision ou d'influer sur le contenu d'une décision concernant une entreprise ou une opération (Cass. crim., 10 avr. 1897, Bull. crim. 1897, n° 139 ; Cass. crim., 16 déc. 1975, Bull. crim. 1975, n° 279).

Cette notion de surveillance fait ainsi l'objet d'une interprétation jurisprudentielle extensive, le délit de prise illégale d'intérêt pouvant être constitué par :

- la participation à un organe délibérant d'une collectivité chargé de l'examen d'une affaire à laquelle l'agent est intéressé, quand bien même celui-ci ne disposerait dans ce cadre que d'un « pouvoir de décision partagé avec d'autres » (Cass. crim., 19 mai 1999, Bull. crim. 1999, n° 101, p. 27) ;

- la participation à un organe délibérant par le biais d'une procuration, fût-elle en blanc (Cass. crim., 10 avr. 2002, Bull. crim. 2002, n° 84, p. 282) ;

- l'exercice de simples pouvoirs de préparation ou de proposition de décisions prises par d'autres (Cass. crim., 22 sept.

1998 ; Cass. crim., 14 juin 2000, Bull. crim. 2000, n° 221 ; Cass. crim., 19 sept. 2003).

L'objet de cette surveillance peut consister dans :

- une entreprise, au sens habituellement donné à ce terme dans le monde des affaires, savoir non seulement les sociétés commerciales sous toutes leurs formes juridiques (Cass. crim., 2 nov. 1961, Bull. crim. 1961, n° 438), mais aussi les sociétés civiles, les GIE, les GAEC et les entreprises individuelles ;
- une opération, c'est-à-dire un acte juridique isolé tel notamment que l'attribution d'une subvention (Cass. crim., 22 oct. 2008, Bull. crim. 2008, n° 212).

#### c) D'un second élément matériel

Élément tenant à la prise ou la conservation par l'auteur d'un intérêt quelconque dans l'entreprise où l'opération qu'il avait la charge de surveiller.

Cette notion fait elle aussi l'objet d'une interprétation jurisprudentielle extensive, conférant au délit un champ d'application extrêmement vaste.

Tout d'abord, la Cour de cassation considère que le délit ne nécessite ni que l'agent ait retiré un bénéfice de l'opération (Cass. crim., 23 févr. 1988), ni que la collectivité ait souffert un préjudice.

Ensuite, la Cour de cassation considère que l'intérêt prohibé peut être de nature pécuniaire (Cass. crim., 27 nov. 2002), matérielle (Cass. crim., 7 mai 1998 : B.Crim. 1998, n° 157), mais aussi morale (Cass. crim., 5 nov. 1998, Bull. crim. 1998, n° 289).

Le fameux arrêt « Commune de Bagnoux » résume la position adoptée par la Jurisprudence en la matière (Cass. crim., 22 oct. 2008, Bull. crim. 2008, n° 212) : « l'infraction est constituée même s'il n'en résulte ni profit pour les auteurs ni préjudice pour la collectivité » de sorte « 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 ».

Précisons que, dans cette espèce, l' élu concerné occupait, **ès qualités**, les fonctions de Président d'une **association remplissant des missions d'intérêt général, sans percevoir la moindre rémunération**.

#### d) D'un élément intentionnel

La jurisprudence considère toutefois que cet élément intentionnel est établi dès lors que l'agent a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit (Cass. crim., 21 nov. 2001, Bull. crim. 2001, n° 243 ; Cass. crim., 27 nov. 2002, Bull. crim. 2002, n° 213).

Dans ces conditions, la prudence exige d'éviter qu'un élu ou un fonctionnaire n'occupe, fut ce **ès qualités**, un quelconque mandat au sein d'associations subventionnées et, dans le cas contraire, qu'ils s'abstiennent de toute participation, directe ou indirecte au processus d'attribution des subventions à l'association concernée.

#### 2°) Le délit de trafic d'influence passif

L'article 432-11 du Code pénal dispose qu'« Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :

1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. »

La perception, par un élu ou fonctionnaire, d'une rémunération dans le cadre de fonctions occupées au sein d'une association subventionnée pourrait être considérée comme constitutive du délit de trafic d'influence passif.

#### CONCLUSION

Les relations entre personnes publiques et associations se caractérisent ainsi par une grande complexité, mêlant tout à la fois nécessité de contrôle et devoir de non ingérence, obligations bornées de toutes parts de sanctions pénales.

Élus et fonctionnaires apparaissent tout particulièrement exposés à ce risque pénal, au point que certaines collectivités ont choisi de limiter au strict minimum le recours aux structures associatives.

La pérennité et l'opportunité d'une solution si tranchée peut toutefois apparaître discutable, au regard des vertus de réactivité et de proximité de ces structures associatives, matérialisant bien souvent de surcroît de véritables initiatives citoyennes.

Le véritable enjeu me semble donc se situer en réalité sur un plan législatif et réglementaire, dans la création d'un dispositif encadrant les relations entre personnes publiques et associations.

On peut espérer que le législateur ait compris cette nécessité au regard :

- de la circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations et visant à poser « le cadre de référence qui régit les relations financières entre les collectivités publiques et les associations avec un nouveau modèle de convention annuel ou pluriannuel d'objectifs juridiquement sécurisés » ;

- de la proposition de loi de M. le Sénateur Bernard Saugey, débattue et adoptée à l'unanimité au Sénat le 24 juin dernier, visant à remplacer la notion « d'intérêt quelconque » actuellement réprimée par le délit de prise illégale d'intérêt, par celle « d'intérêt personnel distinct de l'intérêt général ». Cette proposition de Loi a pour objectif de mettre un terme à la Jurisprudence actuelle tendant à étendre le champ de l'incrimination de prise illégale d'intérêt, notamment aux élus et fonctionnaires occupant, **ès qualités**, des fonctions au sein d'associations subventionnées et poursuivant des missions d'intérêt général.

Reste qu'il est malaisé d'apprécier l'interprétation qui en sera donnée en Jurisprudence, dans la mesure notamment où cette proposition de Loi ne rompt pas avec le principe selon lequel le délit de prise illégale d'intérêt n'implique pas la caractérisation d'un préjudice. ♦

#### Intervention de Pierre-Yves COLLOMBAT sur la proposition de loi modifiant la loi sur la prise illégale d'intérêt

Sénateur,  
vice-Président de l'Association des maires ruraux de France (AMRF)

Le Sénat n'est qu'une première étape mais on a bon espoir que cette proposition soit reprise à l'assemblée nationale et examiné avant la fin de l'année. Reste que, Sénat et Assemblée nationale sont des cimetières des éléphants de propositions de loi...

Encore une fois ce texte ne casse pas trois pattes à un canard. C'est juste une question de bon sens. Maître Seban l'a dit, le vote des subventions ressemble à une pièce de Feydeau : les élus rentrent en séance, sortent, sans

garantie de se protéger ainsi de la prise illégale d'intérêt. Logiquement même les élus membres des bureaux d'associations ne devraient pas voter le budget puisque ce vote conditionne les subventions ! On est dans l'absurde complet.

Je reviens sur la notion d'intérêt personnel/d'intérêt quelconque à partir d'une anecdote personnelle. Quand j'ai été élu sénateur j'ai voulu installer le bureau de ma permanence dans le village dont j'étais alors maire. Vous imaginez le nombre de locaux disponibles dans un village de 2 500 habitants ! Comme il y avait justement un bureau non occupé dans un local municipal, j'ai projeté de le louer à la commune, après délibération du conseil, au prix que fixerait le service des domaines, ce qui pour la commune aurait représenté une recette supplémentaire et n'aurait pénalisé personne, le local étant vide. Peu confiant dans l'usage du bon sens comme boussole en matière juridique, avant de passer à l'exécution, j'ai demandé l'avis du service central de prévention de la corruption, comité de lutte contre la corruption. Celui-ci m'a formellement déconseillé de donner suite à mon projet qui, malgré la transparence totale de l'opération, m'aurait placé en situation de prise illégale d'intérêt. En passant, je voudrais souligner le travail remarquable et silencieux du service.

Dans mon cas, l'adoption de la proposition de loi n'aurait rien changé. Il y aurait toujours intérêt « personnel ». Qu'il soit parfaitement légitime, voire correspondre aussi à l'intérêt communal n'y change rien.

La proposition de loi n'étend pas le champ des dérogations actuellement prévues pour les maires des communes de moins de 3 500 habitants. La modification se borne à préciser, la notion d'intérêt délictueux afin de sécuriser l'action de ceux auxquels a été confiée la gestion des affaires publiques, sans amoindrir, pour autant, leur responsabilité. Elle concerne exclusivement l'article 432-12 du Code pénal (prise illégale d'intérêt), laissant inchangée toute la section 3, chapitre II, titre III, livre IV, « *manquement aux devoirs de probité* » dudit Code pénal. Inchangé les articles 432-10 (concussion), 432-11 (trafic d'influence), 432-13 (pantouflage), 432-15 (soustraction et détournement de biens).

Comme je l'ai dit, au sein de l'article 432-12, elle ne concerne pas les cas où existe un intérêt personnel propre,

même légitime, de l'élu, question abordée par les alinéas 2 à 5 de l'article. Alinéas qui ne s'appliquent d'ailleurs qu'aux élus municipaux des communes de moins de 3 500 habitants et sur lequel il y aurait pourtant beaucoup de chose à dire.

Mais nous sommes un pays prompt aux procès en sorcellerie, qui présentent l'avantage de protéger de l'obligation d'instruire les procès qui devraient l'être. Par exemple en matière de chassés-croisés entre mandats ou fonctions publics et emplois dans des entreprises privées vivant essentiellement des marchés publics.

Ainsi, un maire, ancien employé d'une entreprise spécialisée dans la gestion des services d'eau, d'assainissement ou d'ordures ménagères, ne peut pas participer à l'instruction des affaires relatives à l'association qu'il préside *es qualité*, sous peine de prise illégale d'intérêt, mais peut, en toute légalité concéder ses services municipaux (en respectant le formalisme de l'appel à concurrence), à son ancien employeur. On pourrait appeler cela du « pantouflage à l'envers ».

Quant au « pantouflage » proprement dit, il est réprimé ou plutôt limité par l'article 432-13 du Code pénal. Avec ce paradoxe que soulignait déjà le rapport de l'année 2000 du service central de prévention de la corruption : « *Comment, malgré un cadre juridique si rigoureux, un sentiment de suspicion peut-il se faire jour ? Comment le pantouflage en vient-il à être stigmatisé même lorsqu'il ne constitue pas une infraction ?* » « *Même lorsqu'il ne constitue pas une infraction* » : l'expression parle d'elle-même.

Mais dès qu'il est question de la responsabilité pénale des élus, les esprits s'échauffent et les pouvoirs publics reculent devant toute modification de la législation, même de bon sens, pouvant passer pour faveur envers les élus. Moyennant quoi peuvent continuer à prospérer des pratiques pour le moins discutables.

Il paraît que nous devons l'invention de « *la prise illégale d'intérêt* » à Saint-Louis et à Charles VI.

Charles VI, auquel nous devons aussi la première ordonnance royale relative au blasphème, Charles VI qui fut d'abord « *le bien aimé* » avant de sombrer dans la folie et de devenir « *Charles le fol* ».

En raccourci, le destin de notre Code pénal, sous section « *prise illégale d'intérêt* ».