

LE DÉLIT DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS DANS LES RELATIONS VILLES-ASSOCIATIONS

L'ESSENTIEL

► **Le lien entre associations et collectivités locales, cristallisé autour de la problématique des subventions, est générateur de risques pénaux susceptibles de mettre en cause la responsabilité des élus et/ou des agents publics concernés.**

► **La jurisprudence extensive de la chambre criminelle de la Cour de cassation expose particulièrement les élus et agents publics.**

Le délit de prise illégale d'intérêts peut ainsi résulter de la participation d'un élu aux décisions d'attribution de subventions à des associations municipales ou intercommunales qu'il préside, quand bien même il n'en aurait retiré aucun profit matériel ou personnel, et l'intérêt pris ou conservé ne serait pas en contradiction avec l'intérêt communal.

► **Une réforme de l'incrimination est en cours. Une proposition de loi suggère d'écarter du champ des poursuites les situations où les élus et agents publics sont amenés, ès qualités, à représenter la collectivité et l'assemblée dont ils émanent dans des organismes extérieurs, tels des établissements publics ou des associations parapubliques.**

Différentes qualifications pénales peuvent trouver à s'appliquer dans les relations entre élus et associations, comme par exemple le délit de détournement de fonds publics par négligence, voire le délit d'octroi d'avantage injustifié – délit de favoritisme – au cas de requalification de l'opération de subventionnement en marché public.

En pratique, c'est toutefois le délit de prise illégale d'intérêts – délit d'ingérence – qui, du fait de son large champ d'application, trouve le plus souvent application, y compris dans des espèces où l'atteinte portée à l'ordre public peut apparaître contestable.

I. L'état actuel du droit

Le délit. 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 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 [...] ».

Le délit de prise illégale d'intérêts vise ainsi toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, quelle que soit la personne morale, publique ou privée, à laquelle elle appartient. Les élus, mais aussi les fonctionnaires territoriaux, s'ils ont participé à la préparation de l'acte litigieux, peuvent être mis en cause. A l'instar de tout délit et contrairement à une idée largement répandue en droit pénal public, la prise illégale d'intérêts constitue une infraction intentionnelle; en la matière toutefois, l'élément intentionnel est limité à sa plus simple expression, savoir le fait d'avoir sciemment accompli l'acte incriminé, quand bien même son illégalité aurait été méconnue.

Deux notions distinctes. Sur le plan matériel, l'acte réprimé consiste dans le fait de « prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération » dont l'agent avait la charge « d'assurer la sur-

veillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ». L'élément matériel du délit combine ainsi deux notions distinctes :

– celle, d'une part, de surveillance, d'administration, de liquidation ou de paiement d'une entreprise ou opération, qui vise tant les personnes disposant d'un pouvoir de décision que celles qui ne disposent que d'un pouvoir d'influer sur le contenu de la décision à prendre. Aussi la surveillance peut-elle consister, pour des élus et agents publics, dans le cadre de leurs attributions, en de simples pouvoirs de préparation, proposition ou présentation de rapports ou d'avis en vue de la prise de décisions par d'autres personnes (*Cass. crim. 19 sept. 2003 : JurisData n° 2003-021728, réalisation de travaux de réhabilitation d'une gare routière en vue d'y installer un casino municipal*);

– celle, d'autre part, de « l'intérêt quelconque » pris, reçu ou conservé dans l'opération ou l'entreprise concernée, qui peut être direct ou indirect.

C'est cette notion qui pose la plus grande difficulté en l'état actuel du droit, la jurisprudence considérant en effet que tout bénéfice peut constituer cet « intérêt quelconque ».

Il peut, bien évidemment, s'agir d'un bénéfice matériel, c'est-à-dire de la perception directe ou indirecte d'avantages pécuniaires ou matériels, telle par exemple que des travaux confiés à une entreprise dans laquelle l'élu local ou l'agent territorial est actionnaire et comptable (*CA Toulouse, 7 oct. 1999, D. 2000, IR, p. 66*).

Mais 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 particulier (*Crim. 5 nov. 1998 et 29 septembre 1999*).

Attention

La jurisprudence considère, depuis un arrêt « Commune de Bagnaux », que cet intérêt n'est pas nécessairement personnel, et peut résulter de fonctions exercées ès qualités (Cass. crim. 22 octobre 2008).

Ajoutons en outre que la constitution du délit de prise illégale d'intérêts est indépendante de la caractérisation d'un préjudice effectif pour la collectivité.

Le délit de prise illégale d'intérêts peut ainsi résulter de la participation d'un élu aux décisions d'attribution de subventions à des associations municipales ou in-



tercommunales qu'il préside, quand bien même n'en aurait-il retiré aucun profit matériel ou personnel et l'intérêt pris ou conservé ne serait-il pas en contradiction avec l'intérêt communal.

II. Ce qui est interdit

1. La participation d'un élu intéressé à un organe délibérant de la collectivité

(Cass. crim. 19 mai 1999 : B. crim. n°101, p.27)

Dans cette espèce, un vice-président de conseil général avait créé une association, dirigée par son fils, ayant pour objet l'exploitation au sein d'une résidence pour personnes âgées de trente lits réservés aux personnes âgées dépendantes bénéficiant de l'aide sociale.

Cet élu avait participé à une délibération de la commission permanente du conseil général ayant collectivement décidé d'accorder une subvention de 600 000 francs à l'association à laquelle il était indirectement intéressé, par le truchement de son fils.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé le délit de prise illégale d'intérêts constitué au motif qu'« en prenant part en sa qualité de conseiller général, ayant un pouvoir de décision même partagé avec d'autres, à un vote au sein de la commission permanente du conseil général, compétente pour se prononcer sur l'attribution d'une subvention à l'association, le prévenu a pris un intérêt, ne serait-ce que par interposition de personnes, dans une affaire dont il avait, au moment de l'acte, l'administration ou la surveillance ».

Ce faisant, la haute juridiction considère que l'interposition de personne n'exonère pas l'élu, qui peut en outre voir sa responsabilité pénale engagée du seul fait de sa simple participation, fût-ce de manière non déterminante, à un organe collégial de décision.

2. La participation d'un élu intéressé à une décision d'octroi de subvention par une procuration en blanc

(Cass. crim. 10 avril 2002 : B. crim. n°84, p.282)

Dans cette espèce, le maire d'une commune s'était cette fois abstenu de participer directement à la décision et avait donné à l'un de ses conseillers une procuration « en blanc » à l'effet de se prononcer sur le subventionnement d'une société qu'il gérait.

Poursuivi du chef de délit de prise illégale d'intérêts, l'édile avait soutenu « qu'en tout état de cause, il n'avait pas participé à la délibération du 16 mai 1994, ayant donné une procuration à Monsieur Y..., procuration qui était en blanc, ce qui empêchait, en application du principe de la responsabilité personnelle prévu par l'article 122-1 du Code pénal, de retenir la culpabilité de François Z... pour sa participation à cette délibération ». La chambre criminelle de la Cour de cassation a toutefois rejeté cette argumentation, considérant que la participation à une décision de subventionnement, fût-ce par personne interposée munie d'une procuration en blanc,

d'un élu intéressé vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-12 du Code pénal.

3. Le simple avis d'un élu intéressé sur l'octroi de subvention

(Cass. crim. 9 mars 2005 : B. crim. n°81, p.288)

Dans cette espèce, un adjoint au maire, sans participer directement ou indirectement à la décision, avait transmis la demande de subvention d'une association en indiquant être « favorable » à la reconduction des subventions accordées. Là encore, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que « le délit est consommé dès que le prévenu a pris directement ou indirectement un intérêt dans une entreprise ou dans une opération dont il avait, au moment de l'acte, la surveillance ou l'administration, celles-ci se réduiraient-elles au simple pouvoir d'émettre un avis en vue de décisions prises par d'autres ». Le simple avis, sans participation effective à la décision de subventionnement, suffit ainsi à consommer le délit de prise illégale d'intérêts.

4. La participation d'un élu à une décision d'octroi de subvention à une association municipale ou intercommunale qu'il préside

(Cass. crim. 22 octobre 2008 : B. crim. n°212)

Dans cette espèce, un maire, un maire adjoint et un conseiller municipal avaient participé à la décision de subventionnement d'associations servant des objectifs d'intérêt communal ou intercommunal – l'insertion des jeunes – qu'ils présidaient à des qualités. Ils ne percevaient à ce titre aucune rémunération. La chambre criminelle de la Cour de cassation retient toutefois que « l'infraction est constituée même s'il n'en résulte ni profit pour les auteurs ni préjudice pour la collectivité [...]. En effet, 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 », la circonstance 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 » étant indifférente.

A retenir

En d'autres termes, le simple fait pour un élu de présider, non pas à titre personnel mais à des qualités, une association remplissant des missions d'intérêt général, suffit à constituer le délit de prise illégale d'intérêts dès lors qu'il a participé directement ou indirectement, fût-ce par une procuration en blanc ou simple avis, à la préparation ou au vote d'une délibération lui accordant une quelconque aide matérielle.

III. Propositions de solutions

1. L'exclusion des élus et agents publics intéressés de toute participation à la préparation et au vote relatif au subventionnement

Elus et agents intéressés ne doivent participer en aucune manière aux débats, à l'instruction du (...)

À LIRE

Proposition de loi du 17 mars 2009 visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus et agents publics locaux (dossier législatif sur www.senat.fr/dossier-legislatif/ppi08-268.html)

SUR LE WEB

www.associationmodeemploi.fr
Le portail d'aide aux associations et responsables d'association loi de 1901.



LE DÉLIT DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS DANS LES RELATIONS VILLES-ASSOCIATIONS

[...] dossier, et au vote, fût-ce par le biais d'une procuration en blanc confiée à l'un de leur collègue. Concrètement, ils doivent s'abstenir, préalablement, de donner de quelque manière que ce soit un avis sur le subventionnement puis sortir de la salle des délibérations, cette circonstance devant être consignée au procès-verbal de séance.

Cette solution radicale appauvrit considérablement le débat sur l'attribution de subventions en excluant les élus et agents les plus à même d'éclairer la collectivité.

2. L'exclusion des élus et agents publics de toute participation aux associations subventionnées

Là encore, cette solution radicale n'est pas sans poser des difficultés pratiques, en ce qu'elle prive la collectivité de toute maîtrise sur des associations pourtant dotées de fonds publics, servant l'intérêt public et qui constitue bien souvent un vecteur privilégié de mise en œuvre des politiques publiques.

Une telle exclusion peut au demeurant paraître difficilement conciliable avec la nécessité de préserver les deniers publics alloués dans le cadre de conventions de subventionnement d'éventuels risques de détournement de finalité, eux-mêmes pénalement sanctionnés.

3. L'instauration d'observateurs dépourvus du droit de vote représentant la collectivité au sein des associations subventionnées

Leur rôle se limite alors à rendre compte, sans interférer, des activités de l'association auprès de la collectivité, afin de lui permettre d'évaluer l'efficacité et l'opportunité de sa politique de subventionnement, dans la perspective notamment de son renouvellement.

Dans ce cadre, ces observateurs sont toutefois appelés, ne serait-ce que par l'émission de simples avis préalables, à intervenir dans la décision de subventionnement, circonstance propre à constituer un des éléments matériels du délit de prise illégale d'intérêts.

Toute la question est alors de déterminer si la simple qualité d'observateur, distincte de celle de dirigeant ou de membre de l'association et exclusive de tout pouvoir de gestion, suffirait à constituer « l'intérêt quelconque » réprimé par l'article 432-12 du Code pénal.

La jurisprudence ne s'est, à notre connaissance, pas encore prononcée sur ce point et la question reste ouverte.

En tout état de cause, ce système apparaît de manipulation délicate, du fait des éventuels risques de requalification de ces observateurs en dirigeants de faits et des nécessaires modifications statutaires que la désignation de ces derniers implique pour l'association.

4. La proposition de loi du 17 mars 2009 visant à réformer le champ de la prise illégale d'intérêts des élus et agents publics locaux

Le législateur semble s'être récemment saisi de cette difficulté dans le cadre de la proposition de loi portée par le sénateur Saugey (UMP) et adoptée le 24 juin dernier par le Sénat; ce texte, en instance d'examen à l'Assemblée nationale, suggère de modifier l'article 432-12 du Code pénal en remplaçant les termes « intérêt quelconque » par ceux « d'intérêt personnel, distinct de l'intérêt général ».

L'objectif affiché de cette proposition de loi est d'écarter du champ des poursuites les situations où les élus et agents publics sont amenés, ès qualités, à représenter la collectivité et l'assemblée dont ils émanent dans des organismes extérieurs, tels des établissements publics ou des associations parapubliques.

Certains ont toutefois pu craindre qu'au-delà de cet objectif légitime, cette proposition aurait également pour effet d'exclure du champ de la répression des actes accomplis non pas dans l'intérêt strictement personnel d'un élu, mais dans l'intérêt d'un tiers tel par exemple qu'un parti politique, pour ne reprendre que l'espèce de l'affaire dite des « Emplois fictifs de la Ville de Paris » (CA Versailles, 1^{er} décembre 2004: JD n° 2004-270222). Cette crainte, certes compréhensible, nous semble toutefois devoir être rejetée. En effet, la proposition de loi ne vise pas à rompre avec la notion même d'intérêt, pour lui substituer par exemple celle d'enrichissement, ni avec sa nature directe ou indirecte.

En d'autres termes, le juge pénal serait donc, à notre sens, juridiquement fondé à considérer que la qualité d'adhérent à un parti politique constituerait, y compris sous l'empire de cette législation nouvelle, un intérêt direct ou indirect non plus « quelconque » mais bien « personnel et distinct de l'intérêt général », en ce qu'il ne relève pas des préoccupations de la collectivité mais bien de celles de l'élu-adhérent.

Le maintien de cette référence à la notion d'intérêt, laissé à l'appréciation du juge, constitue d'ailleurs tout à la fois l'intérêt et la limite de cette proposition de loi.

Rien n'interdirait en effet au juge pénal de considérer sous l'empire de cette législation nouvelle que si l'intérêt doit être « personnel » et « distinct de l'intérêt général », il ne se réduit pas nécessairement pour autant à un enrichissement et peut donc n'être que moral, de même qu'il n'implique pas un appauvrissement effectif de la collectivité.

En d'autres termes, il est particulièrement difficile d'apprécier la portée de cette proposition de loi sur la situation des élus et agents publics dans le cadre des relations entre communes et associations.

Il est toutefois permis de penser que les motivations de cette proposition de loi, si elle était adoptée définitivement, n'échapperaient probablement pas à la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui pourrait ainsi décider d'infléchir sa jurisprudence sur l'appréciation extensive du délit de prise illégale d'intérêts. ■