

Les cahiers de l'Observatoire

Le délit de prise illégale d'intérêts

table des matières

Avant-propos de Bernard Bellec P. 5
président de la SMACL, maire honoraire de la ville de Niort.

Introduction P. 8

1. Une incrimination tous azimuts ? P. 9

1/ PERSONNES DIRECTEMENT VISÉES P. 10

2/ PERSONNES ATTEINTES PAR RICOCHET P. 10

3/ UN INTÉRÊT QUELCONQUE P. 11

4/ SOUS CONTRÔLE P. 12

5/ MÊME SANS INTENTION P. 13

6/ UN RASOIR À DEUX LAMES P. 14

2. Des dérogations restrictives P. 15

1/ QUI PEUT EN BÉNÉFICIER ? P. 16

2/ POUR QUELLES OPÉRATIONS ? P. 16

3/ ET LES PROCHES ? P. 17

4/ QUELLES CONDITIONS FORMELLES À RESPECTER ? P. 18

5/ L'EXCEPTION DES SEML P. 18

6/ ET LES BAUX RURAUX ? P. 20

3. Des sanctions et des procédures dissuasives P. 22

1/ LES PEINES ENCOURUES P. 23

2/ L'INÉLIGIBILITÉ EN PRIME ! P. 23

3/ QUI PEUT PORTER PLAINTÉ ? P. 24

4/ QUELLE PRESCRIPTION ? P. 25

5/ QUI DOIT PAYER LES FRAIS DE DÉFENSE
ET INDEMNISER LA VICTIME ? P. 26

6/ L'ANNULATION DE L'ACTE P. 27

4. C'est arrivé à vos collègues P. 29

Postface de Claude Mathon, magistrat, chef du Service
central de prévention de la corruption P. 63

5. Annexes P. 66

• L'ARTICLE 432-12 DU CODE PÉNAL P. 67

• À PROPOS DES BAUX RURAUX :
EXTRAITS DE LA CIRCULAIRE
CRIM 98-03 G3 DU 7 AVRIL 1998 P. 68

• MORCEAUX CHOISIS P. 73

• LES CHIFFRES DE L'OBSERVATOIRE P. 74

6. Bibliographie P. 76

Avant-propos de Bernard Bellec

*président de la SMACL,
maire honoraire de la ville de Niort.*

Depuis sa création en 1998, voilà déjà cinq ans, l'Observatoire des risques juridiques des collectivités territoriales dispose d'un certain recul dans l'analyse des zones de fragilité des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux. À ce titre, un constat inquiétant s'impose : les délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts constituent le premier motif de mise en cause des acteurs locaux. Plus du tiers des quelque 600 à 800 procédures pénales constatées chaque année par l'Observatoire¹ relèvent en effet de l'une de ces deux infractions.

Voilà qui interpelle la SMACL et ses partenaires. En effet, comme l'a relevé le Conseil de l'Europe, les élus locaux² et les fonctionnaires³ se doivent de respecter une intégrité à toute épreuve sous peine non seulement de se discréditer mais de saper également les fondements mêmes de l'État de droit et la démocratie en général.

Or, précisément, les délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts sont classés dans le Code pénal parmi les atteintes aux manquements au devoir de probité et sont intégrés dans un livre dudit code consacré aux "crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique" où l'on trouve pêle-mêle la trahison, l'espionnage, la violation d'un secret de défense nationale, l'attentat, le complot, le terrorisme, les groupes de combat... On peut donc légitimement craindre que l'importance des poursuites de ces chefs d'infraction ne contribue à alimenter le soupçon du "tous pourris".

Le signal donné par les électeurs le 21 avril 2002 ne saurait nous laisser indifférents. Il nous appartient donc de réagir sans la moindre ambiguïté et avec la plus grande fermeté : oui, la lutte contre toutes les formes de corruption est un préalable indispensable à la politique de restauration de l'autorité de l'État. Raison de plus pour refuser d'alimenter les amalgames les plus douteux.

Car force est de constater combien les délits de la prise illégale d'intérêts et de favoritisme posent problème en mettant dans le même sac des agents malhonnêtes, qui doivent être sanctionnés, avec des élus et des fonctionnaires qui, non seulement ne se sont pas enrichis personnellement, non seulement n'ont pas porté préjudice aux intérêts de la collectivité, mais ont agi en toute bonne foi !

Comment est-ce possible ?

C'est que, pour s'en tenir ici au délit de prise illégale d'intérêts, l'article 432-12 du Code pénal, loin de définir explicitement ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, ne fixe aucun contour à la frontière infranchissable qu'il instaure à juste titre entre sphères publique et privée.

Face à un tel flou, nul élu ou fonctionnaire territorial, si honnête et si intègre soit-il, ne peut se prétendre à l'abri de poursuites, sauf à vivre en ermite dans sa mairie !

Il résulte de cette pesante incertitude juridique un risque de paralysie de l'action publique locale et un profond sentiment de malaise, dont témoignent les exemples concrets présentés dans ce troisième cahier de notre Observatoire.

Certes, fort heureusement, les magistrats savent faire la part des choses et prononcent des peines symboliques lorsque la probité de l'élu ou du fonctionnaire n'est pas en cause. Il n'en reste pas moins qu'une condamnation, fût-elle de principe, pour favoritisme ou pour prise illégale d'intérêts n'est jamais neutre. En outre, en vertu de l'article L 7 du Code électoral, la simple déclaration de culpabilité entraîne *ipso facto*, quelle que soit la peine prononcée, la radiation des listes électorales. Cette automaticité de la sanction, contraire à tous les principes du droit rappelés pourtant avec force par le nouveau Code pénal, ne peut être levée que par une procédure très spécifique connue des seuls spécialistes tendant à demander au juge à être relevé d'une peine qui n'a pas été prononcée !

¹ / Les chiffres présentés par l'Observatoire des risques juridiques des collectivités territoriales sont une estimation sur la base des statistiques calculées auprès des 30 000 élus et fonctionnaires assurés par la SMACL dans l'exercice de leurs fonctions. Ces tendances sont rapportées à 100 000 élus "décisionnaires" (maires et adjoints) et 300 000 fonctionnaires "d'autorité" (catégories A et B), qui sont effectivement les plus exposés, même si l'expérience montre que les conseillers municipaux sans délégation et les fonctionnaires de catégorie C ne sont pas forcément exonérés de toute poursuite pénale dans l'exercice de leurs fonctions.

² / Recommandation 60-1999 du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe du 17 juin 1999.

³ / Recommandation R 2000-10 du Conseil des ministres du 11 mai 2000.

Face à de telles approximations et incohérences, ce ne sont pas les arguments juridiques qui manquent en faveur d'une réforme des articles 432-12 et 432-14 du Code pénal et de l'article L 7 du Code électoral. De fait, dans une étude consacrée au délit de prise illégale d'intérêts, le rapport de la Cour de cassation de l'année 1999 observait qu'il "appartient au législateur et à lui seul d'apprécier la cohérence de la loi au regard de l'interprétation faite des principes qu'il a posés et de la corriger s'il l'estime nécessaire".

Reste à savoir si l'opinion publique serait prête à accepter une réforme dans une matière aussi sensible. On peut en douter. Que l'on songe aux vifs débats qu'avait engendré la réforme des délits non intentionnels !

Comment sortir de ce cercle vicieux ? Ne rien faire, c'est accepter que des élus ou des fonctionnaires soient injustement livrés à la vindicte publique et contribuer à alimenter le sentiment du "tous pourris" mais, proposer une réforme, c'est prendre le risque de donner l'apparence de défendre des intérêts corporatistes et d'alimenter le soupçon d'autoamnistie !

La marge de manœuvre est étroite. Elle passe d'abord et avant tout par la prévention. C'est-à-dire par l'information. La bonne connaissance du risque, quelle qu'en soit la nature, est en effet une condition *sine qua non* à sa maîtrise.

C'est particulièrement vrai pour le risque juridique, d'autant plus retors que sa connaissance est réputée difficile, pour ne pas dire abstruse. C'est précisément la vocation des publications de notre Observatoire : faire le pont entre la nécessaire exégèse de la jurisprudence pénale et le vécu très concret des élus et des fonctionnaires territoriaux.

Postface

de Claude Mathon

Chef du Service central de prévention de la corruption

À la bibliographie qui conclut ce cahier, on pourrait utilement ajouter l'ensemble des rapports annuels du Service central de prévention de la corruption (SCPC), publiés maintenant depuis plus de dix ans, puisque ceux-ci traitent de matières qui entrent dans les préoccupations des élus. Il en est notamment ainsi dans le rapport de l'année 2001* qui inaugure la publication d'une série de fiches pratiques en s'intéressant à la prise illégale d'intérêts.

Le Service central de prévention de la corruption est un service à composition interministérielle placé auprès du garde des Sceaux, ministre de la Justice ; il a été créé par la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dont les modalités d'application ont été fixées par le décret du 22 février 1993.

Il est chargé de :

- centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention des faits de corruption active ou passive et de corruption de directeur ou d'employé d'entreprise privée, de prise illégale d'intérêts, de concussion, de favoritisme et de trafic d'influence ;

- prêter son concours, sur leur demande, aux autorités judiciaires saisies de faits de cette nature ;

- donner des avis sur les mesures susceptibles de prévenir de tels faits, à diverses autorités limitativement énumérées, qui en font la demande. Ce sont certains élus locaux (maires, présidents de conseils régionaux, généraux et de groupements de collectivités territoriales), les chefs des juridictions financières (Cour des comptes, Cour de discipline budgétaire et financière, chambres régionales des comptes), des services administratifs de l'État (ministres, préfets, trésoriers-payeurs généraux et autres comptables publics, présidents et directeurs des établissements publics de l'État), de diverses commissions administratives (Commission des comptes de campagne et des financements politiques, Conseil de la concurrence, Commission des opérations de Bourse, Tracfin, Mission interministérielle d'enquête sur les marchés...), des organismes ou services d'inspection ou de contrôle relevant de l'État et enfin les dirigeants des organismes privés chargés d'une mission de service public.

Placé auprès du garde des Sceaux, ministre de la Justice, le SCPC jouit d'une légitimité reconnue et d'une indépendance affirmée.

Le service est composé de deux magistrats de l'ordre judiciaire (le chef du service et le secrétaire général), d'un conseiller de chambre régionale des comptes, de deux administrateurs civils (dont un sous-préfet), d'un représentant des administrations des impôts, de l'équipement, de la concurrence et de la consommation, des douanes, d'un commissaire de police et d'un officier de gendarmerie. Il pourrait recevoir prochainement l'affectation d'un conseiller de tribunal administratif et d'un fonctionnaire public territorial.

Le service fait des recommandations au gouvernement, notamment à l'occasion de la publication de son rapport annuel.

Le service, qui a déjà signé des conventions avec deux entreprises publiques (la SNCF et l'EDF), développe actuellement son action en direction des entreprises privées. Une convention a d'ores et déjà été signée avec VEOLIA ENVIRONNEMENT, EADS, THALES, PERIFEM (association regroupant pratiquement toutes les grandes sociétés de distribution) et plusieurs autres sont en projet. Elles concernent notamment l'échange d'informations, le développement des codes de déontologie et la formation des personnels les plus exposés aux phénomènes de corruption.

Outre ses missions de base, le SCPC a développé au fil du temps une importante activité en matière de formation, ainsi que sur le plan international dans le cadre de l'ONU, de l'OCDE, du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne.

Mais plus que l'ensemble de ces activités, le SCPC souhaite renforcer son action en direction des élus à l'égard desquels il devrait rendre, s'il était sollicité par ceux-ci et comme son nom l'indique, un véritable "service". La prise illégale d'intérêts qui constitue avec les marchés publics les deux domaines essentiels dans lesquels le SCPC a formulé des avis, en est l'exemple type. En effet, sans revenir sur l'excellente analyse ci-dessus développée, cette infraction qui a été créée dans un but parfaitement louable, contribue aujourd'hui à entretenir un climat d'insécurité juridique pour ceux-là mêmes qu'elle était censée protéger. La bonne foi de certains élus peut si facilement être surprise qu'ils sont parfois tentés de ne plus rien décider, même quand ils sont certains d'agir dans l'intérêt de leur commune. Bien sûr, c'est avec clairvoyance et dans le cadre de leur pouvoir d'opportunité des poursuites que les parquets traiteront ces affaires. Mais il n'en reste pas moins que les élus qui auront été mis en cause devront subir la réaction de ceux qui se sentiront évincés et qu'en tout état de cause, la divulgation des faits par voie de presse aura jeté sur eux un discrédit souvent irréparable.

C'est pourquoi, en cas de doute sur une opération, ils peuvent saisir pour avis le SCPC dont on peut seulement regretter, mais en espérant une évolution législative favorable, qu'il ne soit pas doté de pouvoirs d'investigation, de communication de pièces ou de convocation des parties, ce qui a au moins l'avantage de ne laisser aucun doute sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un organisme de répression. Comme nous aimons à le répéter : *"les affaires ne nous intéressent pas; seuls les failles, les systèmes de corruption retiennent notre attention"* pour alerter ceux qui pourraient en être victimes.

Soyons clairs : la prise illégale d'intérêts, lorsqu'elle témoigne d'une atteinte manifeste au devoir de probité des élus et des fonctionnaires territoriaux, doit être sanctionnée sans état d'âme.

Mais soyons justes : une large part des procédures pénales ouvertes de ce chef, et dont la SMACL est appelée à pourvoir la défense au titre de ses contrats de protection juridique, ne relève pas d'une telle intention malhonnête !

C'est pourquoi la mutuelle et ses partenaires – quinze associations et groupements d'élus et de fonctionnaires – ont souhaité que l'Observatoire des risques juridiques des collectivités territoriales se saisisse de la seule question qui vaille : comment aider les décideurs territoriaux à prévenir les pièges d'un délit trop flou ?

C'est l'ambition de ce troisième cahier qui s'appuie notamment sur l'analyse d'une vingtaine d'arrêts récents de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

C'est arrivé à vos collègues... Et tous – en dehors de quelques exceptions réellement malsaines – sont tombés des nues en voyant débarquer les gendarmes et/ou la convocation chez le juge !

Comment ne pas en arriver là ? Prenez le temps de décortiquer les tenants et les aboutissants de ces navrantes expériences. Elles sont meilleures conseillères que la routine.

Chaque semaine, www.observatoire-collectivites.org, l'Observatoire des risques juridiques des collectivités territoriales met en ligne ses commentaires et ses conseils autour d'une nouvelle et récente jurisprudence.

Cas d'école, dossier, fiches juridiques, quiz, actualité : un outil mutualiste de prévention au service des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux.