

<https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article8621>

Recrutement d'un nouveau DGS ? Attention au risque de prise illégale d'intérêts...même sans intention frauduleuse

- Jurisprudence -



Publication date: mercredi 4 mars 2020

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale &
associative - Tous droits réservés

Le délit de prise illégale d'intérêts suppose-t-il une intention frauduleuse ?

Non, répond sans ambiguïté la Cour de cassation : l'abus de fonction suffit à lui seul pour caractériser la prise illégale d'intérêts et l'intention coupable est constituée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit. Peu importe que l'élu n'ait pas eu d'intention frauduleuse, ni de conscience de commettre une infraction. Doit être ainsi déclaré coupable de prise illégale d'intérêts le maire qui a participé au recrutement de sa sœur comme directrice générale des services. Même si cette dernière a bien les compétences requises pour le poste et si le maire a respecté les règles de recrutement. En effet l'élu « est, en toute connaissance de cause, intervenu à tous les stades de la procédure ayant abouti au recrutement d'un membre de sa famille ».

En septembre 2014, le maire d'une commune de 20 000 habitants, annonce par lettre du maire au personnel de la mairie, la nomination d'une nouvelle directrice générale des services (DGS). Cette annonce soulève une forte réaction des syndicats. Et pour cause : l'intéressée n'est autre que... la sœur du maire et le recrutement a été réalisé sans respecter la procédure.

Pour régulariser la situation, le maire diffuse en novembre 2014 un profil de poste correspondant à cette fonction auprès du centre de gestion de la fonction publique territoriale en vue d'un recrutement.

A l'issue d'une présélection, le maire retient six candidats, dont sa sœur. Tous les candidats sont reçus pour un entretien par un jury composé de cinq personnes dont le maire. Le jury retient à l'unanimité la candidature de la sœur de l'élu.

Un intérêt moral suffit

Des poursuites sont engagées contre l'élu pour prise illégale d'intérêts et contre la DGS pour recel. Ils sont condamnés en première instance comme en appel, les juges reprochant à l'élu la désignation, puis la nomination par arrêté de la nouvelle directrice générale des services, seul ou en tant que membre du jury de recrutement qu'il avait mis en place et auquel il a participé. Les juges soulignent qu'indépendamment des incompatibilités légales, indifférentes quant aux faits, le lien familial unissant les deux prévenus, frère et sœur, constitue un intérêt moral et suffit à caractériser l'intérêt quelconque exigé par le texte du code pénal.

Les moyens de défense de l'élu

A l'appui de son pourvoi, le maire objecte :

1° qu'au sein d'une collectivité territoriale, le poste de directeur général des services est à la discrétion du maire dès lors qu'en vertu de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et du décret n° 86-68 du 10 janvier 1986, une déclaration de vacance a eu lieu et que la commission administrative paritaire a donné son avis. Or ces deux exigences ont bien été respectées en l'espèce ;

2° qu'en l'état des compétences indiscutées de la personne nommée en qualité de directeur général des services, le seul lien de parenté entre celle-ci et le maire ne peut constituer un intérêt moral entrant dans les prévisions de l'incrimination de prise illégale d'intérêts en l'absence d'éléments complémentaires de nature à établir un abus de fonction.

Culpabilité confirmée

La Cour de cassation rejette les moyens et confirme la culpabilité des deux co-prévenus sans ambiguïté :

l'abus de fonction ainsi caractérisé suffit à lui seul pour consommer le délit de prise illégale d'intérêts et l'intention coupable est constituée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit. **Il n'est pas nécessaire qu'il ait agi dans une intention frauduleuse.**

Le fait qu'un prévenu, maire d'une commune, se soit soumis aux règles de recrutement instaurées par la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et le décret n° 86-68 du 10 janvier 1986, est sans incidence sur la caractérisation de l'infraction dès lors qu'il est, en toute connaissance de cause, intervenu à tous les stades de la procédure ayant abouti au recrutement d'un membre de sa famille, **quelles que soient les compétences professionnelles de celui-ci.** »

Peine annulée

L'arrêt de la cour d'appel est revanche cassé sur les peines prononcées. En effet pour condamner le maire à six mois d'emprisonnement avec sursis et à un an d'inéligibilité et la directrice générale des services à quatre mois d'emprisonnement avec sursis, l'arrêt s'est contenté d'énoncer que chacune de ces peines apparaît proportionnée à la nature et à la gravité des faits, ainsi qu'à la personnalité de leur auteur, jamais condamné. Or, rappelle la Cour de cassation, « en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle. ». Ainsi les juges d'appel auraient dû mieux s'expliquer sur la gravité des faits, les éléments de personnalité des deux prévenus et leurs situations personnelles respectives. Il appartiendra donc à la cour d'appel de renvoi de se prononcer sur la peine, la déclaration de culpabilité étant en revanche définitive.

PS:

– Le délit de prise illégale d'intérêts ne nécessite pas nécessairement la preuve d'une intention frauduleuse, ni la conscience de commettre une infraction.

– Le fait pour un maire de participer à la procédure de recrutement de l'un de ses proches caractérise l'infraction, même si l'intéressé a les compétences requises et si la procédure de recrutement a été respectée.

Texte de référence

[Article 432-12 du code pénal](#)

Etes-vous sûr(e) de votre réponse ?

- [Un maire peut-il recruter son épouse à la mairie si elle a les qualifications et les compétences requises ?](#)
- [Un élu peut-il participer à une délibération se prononçant sur l'octroi de la protection fonctionnelle en sa faveur ?](#)

[Plus de décisions sur la responsabilité des élus locaux](#)