

PRÉFET DE L'YONNE

DIRECTION DE LA CITOYENNETÉ ET DE
LA LÉGALITÉ

BUREAU DES COLLECTIVITÉS
LOCALES

AFFAIRE SUIVIE PAR :
Vivien BAUJARD
TEL : 03 86 72 78 29
pref-relations-collectivites@yonne.gouv.fr
vivien.baujard@yonne.gouv.fr

n° DCL/BCL/18042

Auxerre, le **13 JUIL. 2018**

Le Préfet de l'Yonne

à

Monsieur le président du Conseil départemental
de l'Yonne,
Mesdames et Messieurs les présidents des
établissements publics de coopération
intercommunale,
Mesdames et Messieurs les maires,
Monsieur le président du Service départemental
d'incendie et de secours,
Messieurs les présidents de l'Office Auxerrois de
l'Habitat et de Domanys,
(pour attribution)

Messieurs les sous-préfets des arrondissements de
Sens et d'Avallon,
Monsieur le directeur départemental des finances
publiques,
(pour information)

OBJET : La prise illégale d'intérêts dans le cadre de l'exercice d'un mandat électif public et plus particulièrement lors de passation de marchés publics

REF : Code pénal.
Code général des collectivités territoriales (CGCT).
Loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat.
Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

Dans le cadre de l'exercice de votre mandat, vous pouvez être confronté au risque de prise illégale d'intérêt, c'est pourquoi en vue de vous prémunir contre ces risques, je vous adresse cette note.

En préambule, il est important de différencier :

- un élu intéressé, défini à l'article L2131-11 du CGCT, qui est une condition d'illégalité administrative de la délibération (*CE 21 novembre 2012, Chartier req n°334726*),

- du conflit d'intérêt, défini à l'article 432-12 du code pénal, qui est caractérisé dès lors que l'auteur a accompli sciemment l'élément matériel du délit (*Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 2008, req. N° 08-82068*).

I- Définition de la prise illégale d'intérêt

Selon les dispositions de l'article 432-12 du code pénal, la prise illégale d'intérêt caractérise le fait, pour une personne investie d'un mandat électif public, de **prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.**

La surveillance peut consister en :

- la participation à un organe délibérant d'une collectivité territoriale même sans l'intervention d'un vote (*crim 19 mai 199, Bull. Crim. N°101 ; CE, 9 juillet 2003, Caisse régionale du crédit agricole mutuel de Champagne*).

- la préparation, la proposition ou la présentation de rapports ou d'avis en vue de la prise de décisions par d'autres personnes (*Crim. 19 sept 2003, Juris-Data n°2003-021728*).

Ce délit, qui relève de la souveraineté du juge pénal, est passible d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Sont concernés tous les actes, contrats, opérations matérielles, négociations, études, services, institutions et autres activités publiques.

Cependant, la prise illégale d'intérêt ne suppose pas nécessairement une intention frauduleuse pour que le délit soit constitué et ne suggère pas obligatoirement un enrichissement personnel de l'élu ayant un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération, (*Crim 21 juin 2000, pourvoi n°99-86871*).

De plus, l'intérêt pris par le prévenu n'est pas nécessairement en contradiction avec l'intérêt général (*Cour de Cass., 19 mars 2008, n°07-84288*).

Dès lors, le délit est constitué même sans que vous en ayez tiré un bénéfice et même sans que vous ayez causé un préjudice.

Pour les communes de **moins de 3500 habitants**, quelques **dérogations** viennent assouplir ces règles dans le cas où vous traitez avec votre commune :

- le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite de 16 000 € annuel,
- l'acquisition d'une parcelle de lotissement communal pour y édifier votre habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation,
- l'acquisition d'un bien appartenant à la commune pour la création et le développement de votre activité professionnelle.

Néanmoins, dans ces trois cas, le conseil municipal doit désigner un autre de ses membres pour représenter la commune, soit en justice, soit dans les contrats, conformément à l'article L.2122-26 du CGCT.

II- La prise illégale d'intérêt dans les marchés publics

Dans le cadre de la passation de vos marchés publics, de nombreuses situations peuvent vous exposer à une prise illégale d'intérêt.

1) Vous détenez un intérêt dans l'opération considérée

Cette notion est vaste, car elle peut être constituée par la perception **directe ou indirecte** de bénéfices ou d'avantages.

Par exemple, on peut citer le cas d'un maire et de son conseil municipal qui ont accordé les travaux à une société, dont elle-même a sous-traité une partie de ceux-ci à une entreprise dont le gérant était le maire de la commune (*Cass. Crim. 4 juin 1996, n° 94-84.405, Gartiser*). L'intérêt, dans ce cas-là, était direct.

Cependant, l'intérêt n'est pas obligatoirement financier mais peut-être **politique, moral ou affectif**.

À ce titre, la Cour de Cassation, dans l'arrêt n° N94-81.186 du 20 février 1995, a condamné un maire pour avoir signé des contrats avec une société dans laquelle son fils avait des intérêts patrimoniaux. Dans ce cas, l'intérêt de l'élu était plus moral que pécuniaire.

En outre, vous pouvez vous exposer au délit de prise illégale d'intérêts, notamment en raison d'une relation amicale avec l'attributaire d'un marché public (*cass. Crim., 5 avril 2018, n°17-81912 ; cass. Crim., 13 janvier 2016, n°14-88382*), dès lors qu'il participe aux travaux et décisions du conseil municipal relatifs à ce marché.

2) Vous êtes aussi chef d'entreprise ou responsable d'association

Même si aucun article du CGCT ou du code électoral ne prévoit d'incompatibilité entre ces différentes fonctions, il vous revient néanmoins d'être extrêmement vigilant en vue d'éviter la prise illégale d'intérêt, voire le délit de favoritisme.

Un adjoint au maire autorisé à percevoir, sur le fondement de l'article 42 de la loi du 6 février 1992, une rémunération de la part d'une société mixte (SEM) dont il était le directeur général, a suffi à constituer un motif de prise illégale d'intérêt (*Cass. Crim., 8 juin 1999, n°2592*).

Dans le cas où vous êtes président d'une association à but non lucratif, il paraît difficile de caractériser une prise illégale d'intérêt si la collectivité subventionne cette association, car il n'y a pas de « relation d'affaires ».

Cependant, si vous assistez à la décision d'attribution de subvention, vous contreviendrez à l'article L.2131-11 du CGCT, qui interdit aux membres du conseil de participer à toute délibération portant sur une affaire l'intéressant.

III- La prévention du conflit d'intérêt

La **charte de l'élu local du 31 mars 2015**, en son article 2, fixe le cadre déontologique de l'exercice du mandat de l'élu ainsi que les points relatifs à la prévention des conflits d'intérêts.

Elle consacre notamment les principes suivants :

- vous exercez vos fonctions avec **impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité**,

- dans l'exercice de votre mandat, vous poursuivez **le seul intérêt général**, à l'exclusion de tout intérêt qui vous soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier,

- vous veillez à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Lorsque vos intérêts personnels sont en cause dans les affaires soumises à l'organe délibérant dont vous êtes membre, vous vous engagez à les faire connaître avant le débat et le vote,

- vous vous engagez à ne pas utiliser les ressources et les moyens mis à votre disposition pour l'exercice de votre mandat ou de vos fonctions à d'autres fins,

- dans l'exercice de vos fonctions d'élu local, vous vous abstenes de prendre des mesures vous accordant un avantage personnel ou professionnel futur après la cessation de votre mandat et de vos fonctions.

Les dispositions de l'article L.2131-11 du CGCT stipulant 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 mandataires* », permettent de délibérer de manière à ce que cette situation intéressée ne soit pas qualifiée de prise illégale d'intérêt.

Cet article a été complété de plusieurs jurisprudences qui en précisent la définition :

- le membre du conseil concerné ne doit pas participer aux travaux préparatoires de la délibération intéressant sa société (*CE, 28 juillet 1983, Commune d'Arcangues*).

- le membre du conseil ne doit pas participer au vote qui concerne ses intérêts professionnels.

Par exemple, la présence d'un conseiller municipal à la séance du conseil au cours de laquelle celui-ci a notamment décidé de céder à ce conseiller une parcelle du domaine privé de la commune est de nature à exercer une influence sur le résultat du vote, auquel il a d'ailleurs pris part, sur une délibération à laquelle il était personnellement intéressé (*Conseil d'Etat, 12 février 1986, n° 45146, commune d'OTA*).

Dans certains cas, sa participation aux débats, voire sa seule présence, suffisent à entacher d'illégalité les délibérations du conseil municipal (*CE, 27 juin 1997, M. Tassel et autres*).

Par conséquent, afin de vous protéger contre tout risque pénal dans l'exercice de votre mandat, je vous invite à tenir compte de ces recommandations et à faire preuve de la plus grande prudence, y compris dans l'usage des dérogations, prévues par l'article L.432-12 du code pénal

Mes services restent bien entendu à votre disposition pour tout renseignement qui vous paraîtrait utile.

Le Préfet,



Patrice LATRON

