



**PRÉFET
DE LA HAUTE-
CORSE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**DIRECTION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES
ET DES POLITIQUES PUBLIQUES**

Bureau des contrôles de légalité et budgétaire
et de l'organisation territoriale

Référence à rappeler : DCTPP/BCLBOT

Affaire suivie par : J.B.

Tél : 04 95 34 50 80

pref-collectivites-locales@haute-corse.gouv.fr

Circulaire DCTPP/ BCLBOT n° 2021-09

Bastia, le 20 mai 2021

Le Préfet de la Haute-Corse

à

- Mesdames et Messieurs les Maires
- Messieurs les Présidents des établissements publics de coopération intercommunale
- Monsieur le Président du Service d'Incendie et de Secours

Pour information à MM. les sous-préfets de Corte et Calvi

Objet : Prise illégale d'intérêts dans le cadre de l'exercice d'un mandat électif public plus particulièrement lors de passation des marchés publics.

Réf. : Article 432-12 du code pénal
Article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales (CGCT)
Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence pour la vie publique
Loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat

Dans le cadre de l'exercice de votre mandat, vous pourrez être confrontés au risque de prise illégale d'intérêt, la présente note a pour but de vous prémunir contre ces risques.

En préambule, il est important de différencier :

- un élu intéressé, défini à l'article L. 2131-11 du CGCT, qui constitue une condition d'illégalité administrative de la délibération (*Conseil d'État, 21 novembre 2012, Chartier req. N° 334726*) ;
- du conflit d'intérêt, notion définie par l'article 432-12 du code pénal, caractérisé dès lors que son auteur a accompli sciemment l'élément matériel du délit (*Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 2008, req. N° 08-82068*).

I. La notion pénale de « prise illégale d'intérêt »

Selon les dispositions de l'article 432-12 du code pénal, la prise illégale d'intérêts 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 (*Cour de cassation, chambre criminelle, 19 mai 1999, bulletin crim. N°101 ; Conseil d'État, 9 juillet 2003, Caisse régionale du crédit agricole mutuel de Champagne*)
- la préparation, la proposition ou la présentation de rapports en vue de la prise de décisions par d'autres personnes (*Cass.Crim. 19 septembre 2003, Juris-data n°2003-021728*).

Ce délit, qui relève de la souveraineté du juge pénal, est passible de « 5 ans d'emprisonnement et d'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 (*Cass. Crim. 21 juin 2000*).

De plus, l'intérêt pris par le prévenu n'est pas nécessairement en contradiction avec l'intérêt général (*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, l'article 432-12 susvisé prévoit quelques dérogations venant assouplir ces règles dans les cas suivants :

- 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 une habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation,
- l'acquisition d'un bien appartenant à la commune pour la création et le développement d'une activité professionnelle.

Toutefois, 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 des marchés publics, de nombreuses situations peuvent exposer à une prise illégale d'intérêt :

1) cas dans lequel vous détenez un intérêt dans une opération considérée

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

A titre d'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. l'intérêt dans ce cas précis, était direct (*Cass crim. 4 juin 1996, n°94-84.405, Gartiser*).

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

A 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, le délit de prise illégale d'intérêts peut être caractérisé lorsqu'existe une relation amicale avec l'attributaire d'un marché public (*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) cas dans lequel vous êtes chef d'entreprise ou responsable d'association

Même si aucun article du CGCT ou du code pénal ne prévoit d'incompatibilité entre ces différentes fonctions, il vous revient néanmoins d'être 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 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 exercerez vos fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité ;
- dans l'exercice de votre mandat, vous poursuivrez le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui vous soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier ;
- vous veillerez 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 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 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 prévoyant 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 concerné 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 (*CE, 12 février 1986, n°45146, commune d'Ota*).

Dans certains cas, sa participation aux débats, voire sa seule présence, suffit 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.

Tels sont les éléments que je tenais à vous rappeler.

Le Préfet,
Pour le préfet et par délégation,
Le Secrétaire Général,

signé :Yves DAREAU